

L'ŒUVRE
DE LA
COUR SUPRÊME DE PÉKIN
(TA LI YUAN)
ET LE DROIT CHINOIS DES OBLIGATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT
présentée et soutenue le 14 Décembre 1937, à 14 heures

PAR

HOU TS'OUËI CHOU-YEN

Président : ESCARRA, professeur.

Suffragants { MM. ROUAST, *professeur.*
SOLUS, *professeur.*

PARIS
LIBRAIRIE TECHNIQUE ET ÉCONOMIQUE
3, Rue Soufflot

1938



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L'ŒUVRE
DE LA
COUR SUPRÊME DE PÉKIN
(TA LI YUAN)
ET LE DROIT CHINOIS DES OBLIGATIONS

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'ŒUVRE
DE LA
COUR SUPRÊME DE PÉKIN
(TA LI YUAN)
ET LE DROIT CHINOIS DES OBLIGATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 14 Décembre 1937, à 14 heures

PAR

HOU TS'OUËI CHOU-YEN

Président : ESCARRA, professeur.

Suffragants { MM. ROUAST, *professeur.*
SOLUS, *professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE TECHNIQUE ET ÉCONOMIQUE

3, Rue Soufflot

1938



Je tiens en premier lieu à adresser l'expression de ma gratitude à M. Jean Escarra, qui n'a cessé de suivre mon travail avec sympathie et de l'encourager et le guider par ses conseils. Je le remercie aussi de l'obligeance avec laquelle il m'a permis de disposer de sa bibliothèque.

Je suis heureuse d'exprimer de même mes remerciements à MM. Granet, Maspero et Pelliot, qui ont bien voulu me donner d'utiles indications pour ce modeste travail.

L'ŒUVRE DE LA COUR SUPRÊME DE PÉKIN (TA LI YUAN) ET LE DROIT CHINOIS DES OBLIGATIONS

INTRODUCTION

Le droit chinois des obligations est d'origine récente. L'ancien droit chinois paraît totalement ignorer la notion juridique d'obligation ; ce fait peut paraître paradoxal à un esprit latin qui dans le droit romain déjà très évolué trouve les principes qui servirent à toute l'évolution de sa pensée juridique et inspirent encore les institutions du droit moderne.

L'ancien droit chinois confondait le droit avec la morale. Sans doute certaines formes de contrats étaient pratiquées dans l'ancienne société chinoise et il fallait régler les conséquences pécuniaires des délits ; mais nul principe juridique ne réglait les rapports sociaux, et les juristes et magistrats chinois jusqu'au début du xx^e siècle ont dégagé des conceptions philosophiques chinoises traditionnelles, des règles plus morales que juridiques.

Cependant, depuis la fin du dernier siècle, la vie sociale et juridique de la Chine en voie d'évolution devient de plus en plus complexe. Les contestations se multiplient devant la Cour Suprême de Pékin, Ta li yuan, qui ne peut plus fonder ses décisions sur l'inspiration morale personnelle des juges,

mais qui cherche des règles fixes, des solutions juridiquement justifiées. A cette fin, la Cour Suprême emprunte aux droits occidentaux des principes dits « principes généraux » en les adaptant à la vie et à la mentalité chinoises.

La jurisprudence du Ta li yuan inaugure une ère nouvelle dans l'évolution du droit chinois. Les solutions arbitraires des anciens moralistes sont désormais abandonnées.

C'est précisément en notre matière que l'œuvre du Ta li yuan dans la transformation du droit chinois est la plus remarquable. Mais cette étude trop sommaire ne se propose pas de dégager de la jurisprudence du Ta li yuan une théorie générale des obligations ; d'ailleurs, l'activité du Ta li yuan ne s'étant étendue que sur seize années (1912-1928) ne saurait fournir un nombre suffisant de décisions pour une telle recherche.

Cette étude a seulement pour objet l'examen des principes dégagés par le Ta li yuan dans le domaine des obligations ; ces principes forment la base d'un droit de transition qui doit aboutir à un stade ultérieur, à une technique juridique moderne dans cette partie du droit qui tend de plus en plus à devenir internationale.

Pour comprendre les transformations profondes réalisées en cette matière, il est nécessaire non seulement de procéder à l'examen de l'état du droit immédiatement antérieur aux réformes, mais encore de rechercher l'origine même des règles ou des institutions, ce qui explique la longueur de l'exposé historique de chaque question.

Cette étude aura pour objet dans une première partie : les sources de l'obligation — contrats et délits ; la notion d'obligation et les caractères de l'obligation. Puis dans une seconde partie l'évolution de certains contrats : sûretés réelles et personnelles, contrats très usités dans le droit coutu-

mier et dont la transformation par la jurisprudence du Ta li yuan est particulièrement remarquable.

Ainsi apparaîtront les caractères de la jurisprudence du Ta li yuan et l'importance de son œuvre qui feront l'objet des développements de notre conclusion.

*

* *

Dans notre étude concernant la jurisprudence chinoise moderne et particulièrement les contrats, nous nous sommes inspirés des cours de M. Capitant, professés à la Faculté de Droit de Paris en 1932-1933 et 1935-1936 : « Les principes fondamentaux du droit des contrats » et « L'évolution historique du droit des contrats » ; et du cours de M. Morel, Faculté de Droit de Paris, 1936-1937, « La bonne foi dans les actes juridiques ».

Pour les décisions contentieuses du Ta li yuan nous avons largement utilisé des traductions de M. J. Escarra dans son ouvrage : *Recueil des Sommaires de la Jurisprudence de la Cour Suprême de la République de Chine*.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

§ 1. — APERÇU HISTORIQUE DES RÉFORMES JURIDIQUES EN CHINE.

Jusqu'au début du xx^e siècle, la Chine était une monarchie absolue. Les pouvoirs législatif, administratif et judiciaire émanaient de la personne de l'Empereur. Il y avait 6 ministères : le *Li pou*, hiérarchie des fonctionnaires ; le *Hou pou*, recensement ; le *Li pou*, rites ; le *Ping pou*, armée ; le *Kong pou*, travaux publics ; et enfin le célèbre *Hing pou*, ministère de la Justice. Cette division n'était que d'ordre pratique et n'avait rien de commun avec le principe de la séparation des pouvoirs, principe inconnu dans l'ancien droit chinois. L'Empereur était source unique de toutes lois et détenteur souverain de tous les pouvoirs, qu'il transmettait à ses représentants locaux, gouverneurs provinciaux et fonctionnaires hiérarchisés.

Le contact avec les pays étrangers a incité la dynastie des Ts'ing à son déclin, à entreprendre des réformes législatives et judiciaires. En 1904 la première commission de codification des lois, *Fa lu pien ts'ouan houei*, fut établie. La commission s'occupa tout d'abord des lois pénales et fut supprimée en 1907. La même année, une nouvelle commission de codification fut constituée. Cette commission étudia la législation civile et rédigea le projet de code civil appelé *Ta Ts'ing*

min lu ts'ao ngan, publié en 1911 et qui a joué un rôle considérable dans la transformation du droit chinois.

Parallèlement aux réformes législatives, la dynastie des Ts'ing a entrepris des réformes judiciaires. Antérieurement aux réformes le pouvoir judiciaire appartenait au *Hing pou*, ministère de la Justice, dans sa section appelée *Ta li sseu*, Tribunal Suprême.

§ 2. — INAUGURATION DE LA COUR SUPRÊME DE PÉKIN, TA LI YUAN

Une loi d'organisation de la Cour Suprême, promulguée en 1906 (1), sous le règne de l'Empereur Kouang-siu, sépara les fonctions de juge de celles d'administrateur ; le ministère de la Justice et le Tribunal Suprême dénommé désormais *Ta li yuan* (Cour Suprême de Pékin) devinrent deux organismes indépendants, placés au même rang et relevant directement de l'Empereur. Mais en fait, l'Empereur continuait à bénéficier des privilèges du souverain absolu. Vint la Révolution de 1912. La Constitution provisoire de Nankin du 11 mars 1912 proclama la séparation absolue des pouvoirs. Les membres de la Cour Suprême du temps de l'Empire démissionnèrent. Le 18 mai 1912 entra en fonctions le Président de la Cour Suprême, Hiu Che-ying. C'est à partir de cette date que la Cour Suprême de Pékin commence le travail de réorganisation du droit chinois, qu'elle mena à bonne fin. En 1928, après l'avènement au pouvoir du *Kouo min tang* la Cour Suprême fut transférée avec la capitale à Nankin ; elle porte depuis, le nom de *Tsouei kao fa yuan*. Notre étude sur la jurisprudence chinoise moderne sera limi-

(1) La loi de 1906 fondue avec celle du 13 février 1910 et révisée ensuite à plusieurs reprises, se trouve dans le recueil : *Tchong houa min kouo hien hing fa kouei ta ts'uan*, p. 1119.

tée au fonctionnement de la Cour Suprême de Pékin, Ta li yuan.

§ 3. — COMPOSITION DU TA LI YUAN.

Les premiers juges du Ta li yuan étaient tous des lettrés. Sous l'ancien régime il n'y avait guère de juristes spécialisés. Un concours ne comportant que des épreuves littéraires et philosophiques, habilitait les jeunes gens à remplir les fonctions publiques dans tous les domaines. Les épreuves portaient sur les auteurs classiques, expression de la pensée et de la civilisation chinoises. Muni de connaissances essentiellement philosophiques et morales, l'ancien magistrat, en face des contestations juridiques, trouvait la solution de chaque espèce dans sa propre inspiration. A un stade ultérieur de l'existence du Ta li yuan les lettrés furent remplacés par de véritables juristes formés au Japon où ils avaient fait leurs études de droit. Plus tard encore, le Ta li yuan compta parmi ses membres, des juristes ayant étudié en Europe et en Amérique.

§ 4. — FONCTIONNEMENT DU TA LI YUAN.

La Cour Suprême de la République Chinoise qui jusqu'en 1928 fonctionna à Pékin sous le nom de Ta li yuan et fonctionne depuis à Nankin sous le nom de *Tsouei kao fa yuan*, était la juridiction la plus élevée dans l'ordre judiciaire, souveraine de 4 degrés de juridiction : tribunal supérieur, tribunal local et tribunal du premier degré (1).

(1) L'organisation judiciaire établie par la loi du 7 février 1910 constituait le système des « 4 degrés et des 3 instances ». La loi du 28 octobre 1932 a réduit le système des 4 degrés à 3 degrés. Ainsi en Chine actuelle le système de l'organisation judiciaire comporte 3 degrés et 3 instances (v. J. Escarra, *op. cit.* p. p. 260 et s. et 298 et suiv.).

L'article 36 de la loi du 7 février 1910 sur l'organisation judiciaire définit les attributions de la Cour Suprême comme suit : « La Cour Suprême est compétente : 1° Comme tribunal d'appel définitif, pour connaître : a) des appels formés contre les jugements des tribunaux supérieurs jugeant en premier appel ; b) des requêtes formées conformément aux lois et règlements contre les ordonnances des tribunaux supérieurs ;

« 2° Comme tribunal de première instance et d'appel pour connaître : des affaires dont la connaissance est attribuée à la compétence particulière de la Cour Suprême en vertu de la disposition légale ou réglementaire. »

« En vertu de l'article 404 du règlement de procédure pénale il peut en être appelé à la Cour Suprême de tout jugement de tribunal supérieur siégeant comme tribunal de première instance. »

L'article 35 de la loi d'organisation judiciaire attribue à la Cour, dans la personne de son président, un pouvoir d'unification de l'interprétation de la loi ainsi défini : « Le président de la Cour Suprême a qualité pour unifier l'interprétation de la loi, mais il n'a pas le pouvoir de donner des instructions aux juges en ce qui concerne la manière dont ils doivent juger ou trancher les affaires (1). »

En outre la Cour Suprême était compétente en matière d'élection (articles 90 à 93 de la loi du 10 avril 1912, sur l'élection de la Chambre des Députés); elle était juge des conflits qui pouvaient naître de la répartition des pouvoirs politique, législatif et administratif entre le Gouverne-

(1) Texte traduit par M. Escarra, *Recueil des Sommaires de la Jurisprudence de la Cour Suprême de la République de Chine*, et cité au cours de notre étude sous le nom de *Recueil des Sommaires*, Introduction, page vi.

ment central et les Provinces (art. 26) ; elle était juge également des conflits entre les lois édictées par le Gouvernement central et les lois des provinces ; elle prononce la peine à infliger au Président ou vice-Président de la République mis en accusation par le Sénat. La Constitution de 1923 avait attribué à la Cour Suprême et à tous les tribunaux la juridiction générale en matière civile, pénale et administrative. D'autre part, le Président de la République ne pouvait accorder de grâces, commuer des sentences et réintégrer dans l'exercice des droits civils qu'avec l'assentiment de la Cour Suprême. Pour assurer l'indépendance de la Cour Suprême celle-ci avait les pouvoirs exceptionnels en ce qui concernait l'administration intérieure de la Cour : la Cour Suprême établissait elle-même son règlement comme elle l'entendait sous les seules conditions de la soumettre pour approbation au Président de la République (1).

Ainsi la Cour Suprême est tout d'abord une juridiction d'appel. Par ce trait elle diffère de la Cour de Cassation en France. La Cour de Cassation française ne constitue pas un troisième degré de juridiction, elle ne connaît pas du fond des affaires. La Cour de Cassation doit accepter les faits de la cause tels qu'ils ont été constatés par les premiers juges ; ses recherches sont limitées, elle se borne à contrôler si la loi a été ou non correctement appliquée, si bien que le débat devant la Cour Suprême doit se passer dans les mêmes limites que devant le juge du fait : aucune demande, aucun fait nouveau ne peut y être introduit. Tout autre était la Cour Suprême de Pékin. Étant une instance d'appel définitif elle jugeait d'après les mêmes règles générales de procédure qu'un tribunal supérieur jugeant en appel une affaire portée

(1) Voir *Recueil des Sommaires*, Introduction, p. vi-vii.

en première instance devant le tribunal local. Sans doute l'appel définitif ne pouvait-il être formé que pour la violation de la loi. Mais aucune règle n'existait à cet égard. D'autre part, l'article 542 du Règlement de Procédure alors en vigueur admettait que « lorsque les motifs de l'appel sont que le tribunal a manqué de tenir judiciairement compte de faits essentiels ou a admis certains faits, ces faits eux-mêmes peuvent être pris en considération par le tribunal d'appel définitif » (1). Ainsi la distinction des faits et du droit n'était pas observée avec la rigueur par la Cour Suprême de Pékin.

§ 5. — FORCE OBLIGATOIRE DES DÉCISIONS DU TA LI YUAN
(DÉCISIONS CONTENTIEUSES ET DÉCISIONS D'INTERPRÉTATION)

Les décisions de la Cour Suprême de Pékin par lesquelles elle avait infirmé des décisions rendues par des tribunaux de premier appel avaient force obligatoire ; les juridictions de renvoi étaient tenues de se conformer à ces décisions de la Cour en ce qui concerne les points de droit établis par elle (2). On sait qu'en France toute affaire dont le jugement est cassé est renvoyée à un tribunal de même ordre que celui dont émanait ce jugement. Le tribunal à qui l'affaire est renvoyée n'est pas tenu, en principe, de se conformer à la décision de la Cour de Cassation. Si le tribunal de renvoi maintient la décision cassée, l'affaire est jugée par la juridiction spéciale des Chambres réunies.

Aux termes de l'article 55 de la loi d'organisation judiciaire la Cour Suprême a de plus un pouvoir d'unification de l'inter-

(1) *Recueil des Sommaires*, Introduction, p. x.

(2) Les décisions du *Tsouei kao fa yuan* n'ont plus la force obligatoire.

prétation de la loi. L'article 202 du règlement de la Cour Suprême définit ce pouvoir en ces termes : *a*) Expliquer les points douteux ; *b*) Rectifier, dans l'intérêt de l'Etat, toute interprétation erronée de toutes dispositions légales, qui a pu être donnée par toute administration publique ou tout fonctionnaire mentionné dans l'article 204 (1).

Ainsi la Cour Suprême est investie d'une mission importante, celle d'interpréter la loi qui appartient, dans les autres pays, en France par exemple (article 5 du Code civil français) au pouvoir législatif. Les décisions dites d'interprétation de la Cour Suprême sont impératives tant pour les juridictions inférieures que pour la Cour Suprême elle-même au cas où des affaires de même nature se présentent (2).

Les larges pouvoirs dont était investie la Cour Suprême s'expliquent par les conditions spéciales dans lesquelles statuait la Cour. La législation se montrait trop insuffisante pour régler la vie sociale et juridique chinoise transformée ; le code nouveau n'existait pas encore. C'est précisément par l'exercice de son pouvoir régulateur que la Cour Suprême a pu pendant seize ans élaborer un droit chinois moderne qui a servi de base à la rédaction du nouveau Code civil. On ne peut qu'admirer l'esprit d'adaptation des premiers juges de la Cour Suprême qui ont su introduire dans la vie juridique chinoise les principes du droit moderne si différents de ceux de l'ancien droit chinois et encore éloignés de la mentalité chinoise.

En effet, au moment où statuait la Cour Suprême de Pékin le droit en vigueur comprenait tout d'abord les dispositions du code des Ts'ing dans sa partie non abrogée ; mais cette législation était très insuffisante en ce qui concerne le droit

(1) Voir *Recueil des Sommaires*, p. 11.

(2) Voir J. Escarra, *Le Droit chinois*, p. 273 et s.

des obligations (1). Les coutumes locales servaient de base aux décisions du Ta li yuan (2). La diversité des règles coutumières des différentes provinces rendait le travail du Ta li yuan extrêmement délicat. Enfin, en l'absence de règles légales ou coutumières le Ta li yuan s'est servi des principes empruntés aux droits européens énoncés dans les projets de code civil. Ces principes sont connus sous le nom de « principes généraux ». Les projets de code ont été rédigés par les commissions de codification successives. Celles-ci se sont inspirées du droit civil japonais qui venait d'être codifié (1896), selon le modèle des projets de codes européens les plus récents : allemand et suisse. C'est ainsi que le droit chinois a subi l'influence du droit occidental. La Cour Suprême s'est servie surtout du Projet de code civil chinois de 1911.

(1) V. J. Escarra, *op. cit.*, p. 70 et s.

Les traductions des rares articles sur la matière seront reproduites au cours de la thèse.

(2) Le droit coutumier n'est pas encore étudié. Le *Min chang che si kouan tiao tch'a pao kao lou* (Rapport sur l'enquête sur les coutumes en matière civile et commerciale) cité au cours de notre étude sous le nom de *Recueil des Coutumes* n'a été publié qu'en 1930. C'est un vaste recueil où sont mentionnées les coutumes de presque toutes les provinces de Chine. A défaut d'autre documentation, il représente un intérêt indéniable ; mais il faut le consulter avec beaucoup de prudence. Il semble au lecteur que les rédacteurs de ce Recueil très récent auraient eu l'intention de couler les anciennes formules et institutions juridiques dans le moule du droit moderne, et très souvent les renseignements sont peu précis et trop succincts.

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX DES OBLIGATIONS

CHAPITRE PREMIER

DES CONTRATS

Les contrats occupent, dans la théorie de l'obligation du droit moderne, une place prédominante. C'est parce que la vie juridique moderne est faite presque exclusivement de conventions, tant en matière de droits patrimoniaux qu'en matière de droits de famille.

Il en était autrement dans la société antique. Dans la Chine ancienne, pays agricole, dont la société patriarcale se composait de familles qui se suffisaient à elles-mêmes, les contrats étaient rares. Aussi les indications que nous possédons sur les origines des contrats sont-elles très pauvres.

Il en est de même pour l'époque qui suit la codification de l'époque des T'ang (620-907). En raison de la conception chinoise de la loi, les législations impériales n'ont pas réglementé les contrats. Le code des T'ang avait consacré aux contrats des principes généraux qui furent suivis par les législations des époques postérieures. Les dispositions apportées par les dynasties postérieures n'ont fait que compléter les règles existantes, sans que les principes fussent modifiés.

Les dispositions des codes dynastiques relatives aux contrats sont brèves et très peu nombreuses, et pourvues de sanctions pénales. Destinées à prévenir et à réprimer tel ou tel cas, elles ont un caractère concret et fragmentaire.

D'autre part, les particuliers, en cas de contestation, ne s'adressaient aux tribunaux que lorsqu'il s'agissait de réprimer un crime ou de punir la mauvaise foi du co-contractant. Les magistrats n'avaient pas à connaître des litiges purement juridiques, ceux-ci étaient de la compétence des arbitres. L'arbitrage était une institution très répandue en Chine. Les arbitres étaient choisis parmi les personnes les plus âgées et les plus respectées dans le village. Ils étaient censés être très équitables et avoir une grande expérience de la vie. Leur mode de solution était le compromis à base de concessions réciproques des parties en contestation. Ainsi la Jurisprudence impériale ne fournit pas non plus à cet égard de renseignements intéressants.

SECTION I. — ANCIEN DROIT CHINOIS

§ 1. — LES CONTRATS DANS LE TRÈS ANCIEN DROIT CHINOIS

Les premières mentions concernant les contrats, se trouvent dans le *Tcheou-li*. D'après le *Tcheou-li* (1) les contrats usités à cette époque étaient : le *tche* et le *tsi*, le *chou-ts'i* et le *yao-houei* (2). Malheureusement les renseignements donnés

(1) Le *Tcheou-li* est le Rituel des Tcheou (1050-256 av. J.-C.).

(2) *Tcheou-li*, livre 3, p. 6 (b) ; livre 14 p. 26 (a) ; livre 35, p. 13 (b), voir Biot, livre 3, p. 51. Comm. A. p. 52, Comm. B et p. 53 ; Comm. A ; livre 14, voir Biot p. 31f, note 7 ; livre 36, voir Biot p. 351.

L'authenticité du *Tcheou-li* étant discutée, nous ne prendrons aucun parti et nous n'attacherons pas d'importance à l'exactitude de la date de l'ouvrage car il ne s'agit pas ici de l'histoire du droit des contrats dans l'ancienne Chine. Ce qui nous intéresse, c'est la mention des différents contrats dans ce livre. Si l'ensemble de l'ouvrage est mis en doute, il semble néanmoins que les faits qu'il relate ont été pris dans la réalité, tels par exemple, les différents contrats.

dans l'ouvrage sont très brefs. Le *yao-houei* semble avoir été le registre annuel et mensuel des recettes et des dépenses, le *chou-ts'i* était le contrat de prêt et enfin le *tche* et le *tsi* étaient des actes semblables constatant, très vraisemblablement les contrats synallagmatiques, notamment la vente. Le *tche* avait pour objet des biens économiquement importants : esclaves et bétail. Le *tsi* portait sur des choses de moindre valeur. Ces actes étaient partagés en deux et chacune des parties en gardait la moitié.

Le *Tso tchouan* (1) cite plusieurs fois des contrats entre les Etats féodaux. Ces contrats relevaient, bien entendu, du droit public et avaient un caractère politique, ils s'appelaient *tche*. Les deux Etats pour donner force à la convention échangeaient des otages qui portaient le nom de *tche*, d'où le nom du contrat. Les souverains échangeaient, en général, des personnes qui leur étaient chères afin de renforcer l'effet du contrat (2).

Il convient d'insister sur le terme *tche*. On vient d'indiquer que dans le *Tcheou-li*, le *tche* était vraisemblablement un acte écrit constatant la vente portant sur des esclaves ou du bétail. En cas de litige, l'acte écrit *tche* constituait la preuve d'après laquelle le magistrat statuait sur la contestation relative au contrat. D'autre part, l'otage dans le contrat entre Etats féodaux s'appelait également *tche*. La dénomination des deux notions juridiques différentes, preuve et otage, par le même terme semble significative. Il est possible que de très bonne heure les parties à un contrat de vente portant sur des choses économiquement importantes aient eu besoin

(1) Le *Tso tchouan* est le commentaire du *Tch'ouen Ts'ieou* (le Printemps et l'Automne), annales de la principauté de Lou (de 722 à 402 av. J.-C.), ouvrage attribué à Confucius.

(2) *Tso tchouan*, livre 1, chapitre *Yin kong*, p. 7 (b).

d'une preuve du droit acquis. Il est possible aussi qu'à l'origine le *tche* n'ait pas été un acte écrit, mais un objet quelconque partagé en deux moitiés gardées chacune par l'un des contractants à titre de preuve du droit acquis. On trouve des traces de cette pratique dans le droit coutumier (1). En raison de l'importance attachée à la preuve on a fini par considérer l'acte écrit comme l'expression matérielle du droit qu'il représente. Un passage dans le *T'ou chou tsi tch'eng* (2) est instructif à cet égard. L'auteur, à propos de la monnaie, analyse la nature juridique du papier-monnaie et de l'acte écrit *tche* et leur trouve une similitude de nature : « Le papier-monnaie et l'acte écrit, dit-il, sont tous deux fictions, incarnation d'une valeur réelle dans un bout de papier vide. » L'importance juridique attachée à l'acte écrit *tche* aurait permis aux souverains féodaux d'emprunter le terme *tche* pour désigner l'otage dans leurs contrats (3).

§ 2. — LES CONTRATS DANS L'ANCIEN DROIT CHINOIS

A PARTIR DE L'ÉPOQUE DES T'ANG

A partir de l'époque des T'ang (620-907), les renseignements sur les contrats sont plus abondants. Le code des T'ang a consacré plusieurs articles à cette matière. L'essentiel de ces articles prévoit une sanction pénale en cas d'inexécution de l'obligation née du contrat. Cet article, après avoir

(1) V. *Recueil des coutumes*, t. II, p. 853.

(2) *T'ou chou tsi tch'eng* (Recueil encyclopédique), Section des vivres et des marchandises. Section : de la monnaie de cuivre et du papier-monnaie. Théorie générale. Chap. 335, p. 15.

(3) Le terme *tche*, dans le droit actuel, désigne le nantissement.

traversé des siècles, figure textuellement dans le code de la dernière dynastie de l'Empire (v. plus loin p. 26).

D'autre part, le droit coutumier fournit des renseignements très intéressants sur notre matière. On envisagera ici l'état de l'ancien droit chinois quant aux contrats tel qu'il était à la veille des réformes juridiques.

Pour étudier les contrats de l'ancien droit chinois, il faut faire une distinction entre le droit de famille et le droit du patrimoine. Les contrats du droit de famille : mariage et adoption, ne ressemblent en rien aux contrats du droit patrimonial (1).

A) *Droit de famille.*

Les fiançailles. — La philosophie chinoise attache à la famille une grande importance. L'organisation de la famille chinoise est calquée sur l'organisation politique et représente une unité hiérarchique. Le père de famille est le chef du groupe, il avait autant d'autorité et de prestige que le *paterfamilias* dans l'ancienne Rome. Mais il était surveillé par les parents du groupe familial, comme le *paterfamilias* romain était surveillé par la *gens*. En raison de la conception morale et religieuse du mariage et de l'importance attachée à la famille, les rites ont pris soin de réglementer de très bonne heure l'institution des fiançailles qui précède le mariage et les codes dynastiques ont édité, à leur tour, les règles concernant le mariage et l'adoption, de sorte qu'en matière de droit de famille aucune place n'était faite à la liberté indi-

(1) Le caractère contractuel du mariage et de l'adoption est discuté; mais en droit moderne, une condition d'existence de ces institutions leur est commune avec les contrats : c'est le consentement des parties, et c'est précisément cet élément de ces institutions qui, nous le verrons plus loin, a été introduit par le Ta li yuan dans le droit chinois.

viduelle. Le contrat de fiançailles était, dans l'ancien droit chinois, un véritable contrat conclu entre les deux familles, contrat pourvu de force obligatoire et non pas simple promesse de mariage entre les deux jeunes gens intéressés. Mais les familles, si elles étaient libres de choisir les jeunes gens à marier, étaient liées par les rites et les lois quant à la formation et quant aux effets du mariage.

L'Institution d'héritier et l'adoption. — Il en est de même pour l'institution d'héritier et l'adoption. L'institution d'héritier était une institution en vertu de laquelle un individu ayant atteint un âge déterminé et qui n'avait pas de fils avait le droit et le devoir de désigner comme héritier le parent mâle portant le même nom et dont le degré de parenté était le plus proche. Si, malgré l'existence d'un parent, présentant les qualités requises pour être désigné comme héritier, une personne étrangère avait été instituée, cette personne n'avait pas droit à la succession. D'autre part, lorsque le parent présentant les qualités requises était désigné comme héritier, il n'avait pas le droit de refuser cette désignation, non plus que ses père et mère naturels.

Il ne faut pas confondre l'institution d'héritier avec l'adoption. En cas d'adoption, les parties étaient libres de manifester leur volonté. Mais si l'adopté était d'une autre origine que celle de la famille de l'adoptant, il n'avait pas droit à la succession (il ne recevait qu'une part de la succession) et ne pouvait assurément pas continuer le culte de famille.

Ainsi les fiançailles et l'institution d'héritier ne constituaient pas des contrats dans l'ancien droit chinois.

B) *Droit du Patrimoine.*

§ 1. — LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS ET SES LIMITES

Le vrai domaine des contrats est celui du droit du patrimoine. Le législateur impérial, par insuffisance de dispositions, avait laissé aux particuliers une grande liberté de contracter. Des restrictions à cette liberté n'étaient apportées que pour certains contrats énumérés dans les codes : ainsi étaient interdits le jeu et le pari (1), le prêt à intérêt dépassant 3 % par mois et la capitalisation des intérêts (2). En dehors de ces cas énumérés dans le code, les parties étaient complètement libres de s'engager comme elles voulaient. L'usage a consacré des règles, imposées par ceux qui étaient économiquement les plus forts. C'est ainsi que le pacte comissoire a pu s'introduire dans l'ancien droit chinois et, malgré son caractère dangereux, y rester applicable jusqu'à la veille des réformes juridiques (v. chapitre des Sûretés réelles, p. 112).

D'autre part, la coutume a établi des limitations au droit du chef de famille de disposer des biens de famille. Ainsi le chef de famille qui voulait aliéner des immeubles de famille était limité dans l'exercice de son droit par le droit de préemption des parents. Le droit de préemption appartenait aux parents portant le même nom et donnait à ces parents le droit de retrait (3). Ce droit de retrait était fondé

(1) *Ta Ts'ing lu li*, Code des Ts'ing, livre 26.

(2) Code des Ts'ing, livre 14, chapitre des prêts, v. P.-G. Boulais, *Manuel du Code Chinois*, t. I, p. 338.

(3) *Recueil des coutumes*, t. 1, p. 305, coutume *tiao mai* de la province de Ho-nan. Le droit coutumier accorde au locataire de

moins sur l'idée de protection des biens de famille que sur celle des copropriétés, car les parents portant le même nom étaient censés avoir été copropriétaires de la communauté partagée ensuite par lignées. En vertu du droit de retrait, le parent de bonne foi qui avait ignoré l'acte d'aliénation de l'immeuble de famille pouvait opérer un retrait. Ainsi les tiers acquéreurs pour être certains de leurs acquisitions faisaient venir à l'acte les parents du vendeur. Celui-ci, pour aliéner son immeuble, se trouvait parfois dans la dépendance de ses parents (1). Aussi le vendeur se heurtait-il surtout à des difficultés, s'il n'avait pas de fils, car alors les autres parents avaient l'espoir d'être désignés comme héritiers (2).

Le droit de préemption appartenait à tous les parents portant le même nom, et même aux voisins (3). Mais le droit de retrait n'appartenait qu'aux parents limités à un certain degré de parenté et cela à condition qu'ils eussent payé la somme versée par le tiers acquéreur.

Le pouvoir d'aliéner les immeubles était encore plus strictement limité pour la femme. La femme chinoise, dans l'ancien droit, était absolument incapable. Cependant, elle

l'immeuble, et aux voisins le droit de préemption. Cette règle coutumière semble être fondée sur le rapport du bon voisinage et l'idée de protection de l'intérêt du locataire. Mais le droit de préemption ne donnait pas, bien entendu, le droit de retrait.

(1) V. *Recueil des Coutumes*, t. I, p. 55, coutume de la province de Ki-lin ; p. 223, coutume de la province de Ho-nan ; p. 523, coutume de la province de Fou-k'ien ; p. 395, coutume de la province de Ngan-houeï, etc...

(2) V. P.-G. Boulais, *Manuel du Code Chinois*, t. I, p. 199.

(3) V. *Recueil des Coutumes*, t. I, p. 223, 236, 244, coutumes de la province de Ho-nan ; p. 55, coutumes de la province Ki-lin ; p. 596, coutume de la province de Fou-k'ien ; p. 23, coutumes de la province de Tche-li, ancienne appellation de la province de Ho-peï.

devenait pleinement capable, lorsqu'elle était chef de famille et cela arrivait quand elle perdait son mari et qu'elle n'avait pas de fils majeur. En tant que chef de famille, elle pouvait administrer les biens laissés par son mari et en disposer ; mais dans les actes de disposition, le concours des parents de son mari était indispensable pour que l'acte d'aliénation fût valable (v. *Rec. des Coutumes*, t. I, p. 332, coutume de la province de Kiang-sou).

§ 2. — FORMALISME DE L'ANCIEN DROIT CHINOIS
EN MATIÈRE DE CONTRAT

D'après les règles coutumières un contrat pour être valable doit être passé par un acte écrit (1). L'acte écrit était surtout nécessaire s'il s'agissait d'immeubles. L'acte écrit devait être daté, signé et scellé par les parties et toutes les personnes qui avaient assisté au contrat. En cas de vente d'immeuble, la vente définitive était souvent précédée de la rédaction d'un « projet de l'acte », si les parties ne voulaient pas pour une raison ou pour une autre effectuer, au moment de l'acte, le transfert du droit de propriété.

En plus de la rédaction même de l'acte écrit, le formalisme en cette matière, exigeait au moment de la rédaction de l'acte la présence d'intermédiaires, de témoins et de parents (2). Les intermédiaires étaient les personnes qui se chargeaient de transmettre la volonté des parties ; ils recevaient quelquefois une rémunération et étaient moralement

(1) V. *Tai wan shi hô*, Droit privé de Formose, t. I, 1^{re} partie, section III, § 2, p. 179.

(2) V. *Recueil des Coutumes*, t. I, p. 355 (coutume de la province de Kiang-sou) ; V. les formules des contrats de vente et de prêts, *infra*, p. 173-174 ; *Tai wan shi hô*, t. I, 1^{re} partie, section III, § 2, p. 179 et s.

responsables des contractants dans l'exécution de leur obligation. Les témoins avaient un rôle de publicité, en matière d'immeuble, ils étaient en général nombreux, trois ou cinq. C'étaient des amis et des voisins ; la présence de ces derniers était utile pour éviter les contestations possibles au sujet de la délimitation des immeubles. Enfin, la présence des parents était indispensable afin d'éviter toutes contestations au sujet de leur droit de préemption et de retrait.

L'ancien droit chinois semble avoir attaché une grande importance à ces formalités. Cependant, il ne semble pas que le formalisme de l'ancien droit chinois ait été créateur du droit acquis, comme dans l'ancienne Rome. Dans l'ancien droit chinois la naissance même du droit ne semble pas avoir été liée à l'observation stricte de la règle formaliste. Toutes les formalités de l'ancien droit chinois en matière de contrats ne paraissent pas avoir d'autre but que de procurer aux parties contractantes une preuve du droit acquis. Sans doute, pratiquement un droit dont on ne peut se prévaloir, faute de preuve, peut-il être considéré comme inexistant, mais théoriquement le droit n'en existe pas moins, et la preuve peut en être rapportée par tous les moyens possibles.

Dans le droit coutumier chinois, le formalisme s'exprime en matière de transfert de droit réel, par la nécessité d'un acte écrit ou de la tradition matérielle de la chose si celle-ci est susceptible d'être remise.

Nous sommes conduit à dire que l'ancien droit chinois n'a pas connu le principe du simple accord de volonté pour la formation du contrat et la règle française de l'article 1138. De là la nécessité des formalités qui entouraient les contrats dans l'ancien droit chinois.

Par contre, l'acte dressé dans les conditions requises effec-

tuait le transfert du droit. Si les parties ne voulaient pas, pour une raison ou pour une autre, au moment du contrat, effectuer le transfert du droit de propriété ou d'un autre droit réel, il y avait lieu de dresser un « projet de l'acte » (1). Le « projet de l'acte », le *ts'ao yue* est une véritable vente dont l'effet translatif est reculé à une date déterminée : à l'arrivée de la date les parties dressaient l'acte définitif pour remplacer le projet de l'acte qui n'avait plus sa raison d'être.

Les formalités des contrats portant sur les droits de créance sont moins compliquées, mais un acte écrit et la présence des témoins sont, en général, nécessaires (v. les formules des contrats de prêt et de vente d'immeubles, p. 173-174).

§ 3. — CAUSES DE NULLITÉ DES CONTRATS

Incapacité des membres subordonnés de la famille de contracter. — Dol, violence, accaparement.

Le droit impérial interdisait formellement aux membres subordonnés de la famille (2) de disposer des biens de famille. En cas de violation de la loi, les membres subordonnés de la famille étaient frappés d'une peine et le contrat était déclaré nul (3).

(1) V. *Rec. des Coutumes*, t. I, p. 193, coutumes des Trois Provinces de l'Est ; p. 623, coutume de la Province de Chen-si ; p. 17, coutume de Pékin, etc...

(2) Les membres subordonnés de la famille étaient les personnes se trouvant sous l'autorité du chef de famille et habitant avec lui sous le même toit. C'étaient d'abord les enfants et les petits-enfants et leurs femmes et la femme du chef de famille : ces personnes étaient toujours sous l'autorité du père de famille même si elles n'habitaient pas la même maison que le père ; ensuite les frères cadets, les neveux et les femmes à condition que ces personnes habitent sous le même toit que le père de famille.

(3) *Song hing t'ong*, code des Song, livre 13.

Le dol et la violence étaient traités par l'ancien droit chinois comme des faits indépendants relevant du droit pénal. Le contrat vicié de dol et de violence devait être dissous avec l'obligation pour le débiteur de restituer ce qu'il avait reçu (1).

L'erreur semble n'avoir eu aucune influence sur les effets du contrat, aucune règle légale ou coutumière n'existait à cet égard. (En matière de délits, l'erreur considérée comme faute d'imprudence faisait naître l'obligation de réparer le dommage causé, v. *infra*, p. 59-60).

Enfin, la dernière cause de nullité du contrat prévue dans les codes dynastiques était l'accaparement, *kiao-kou* (2). Il faut entendre par là, la situation avantageuse dont jouissait l'un des cocontractants pour vendre à un prix très élevé ou acheter à un prix dérisoire (3).

§ 4. — EFFETS DES CONTRATS ENTRE LES PARTIES FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

Le Code des Ts'ing ne contient aucune disposition concernant les effets des contrats patrimoniaux, mais des règles concernant les effets de ces contrats paraissent avoir été les mêmes que celles qui concernaient institutions du droit de famille. « Celui qui se repent d'avoir pris l'engagement recevra une peine... », telle est la règle édictée dans le chapitre

(1) Code des T'ang, livre 19 ; Code des Ts'ing, livre 25.

(2) Code des T'ang, livre 4 ; Code des Ts'ing, livre 5.

(3) Le cas de *kiao-kou* se rapproche de la lésion en droit occidental, mais il en diffère en ce sens que la loi chinoise protégeait aussi l'acheteur à l'égard du vendeur. Qu'il s'agisse du profit de l'acheteur ou du vendeur, le *kiao-kou* comme le dol et la violence sont des cas d'absence de consentement dans les prestations réciproques. Code des T'ang, livre 4. Code des Ts'ing, livre 5.

du Code des Ts'ing, consacré au mariage. Il s'agit du contrat de fiançailles dans lequel l'une des deux familles ayant su que l'enfant de l'autre famille était infirme, a, néanmoins, donné son consentement. Par la suite, cette famille n'a pas le droit de se dégager de l'obligation, par sa propre volonté : la convention lie les parties.

La règle est encore exprimée dans l'adage ainsi conçu : « Le fonctionnaire a ses lois, et les particuliers ont leurs conventions (1). » Sans doute s'agissait-il, dans cet adage, des lois disciplinaires auxquelles sont soumis les fonctionnaires, dans la même mesure où les conventions lient leurs auteurs. C'est le même principe qui est exprimé dans le Code civil français, par l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

Sanctions pénales de l'inexécution du contrat.

Les risques.

Toute obligation a pour effet l'exécution de la prestation promise. La législation impériale ne s'est pas occupée de la réglementation de l'exécution de l'obligation. Aucune règle légale n'existait à cet égard, la matière étant laissée exclusivement à la coutume et aux libres conventions des parties. Mais ce qui intéressait le législateur impérial c'était l'inexécution de l'engagement pris ; le manquement à la parole donnée, étant considéré comme un manquement à la morale, le débiteur récalcitrant s'exposait à une peine. Il devait restituer la chose reçue ou plus généralement remettre les choses en état, sans tenir compte du préjudice subi par le créancier.

(1) L'adage est cité dans le *Tai wan shi hò*, t. III, 1^{re} partie, p. 344.

L'ancien droit chinois a dû ignorer la notion des dommages-intérêts, ainsi qu'il apparaît nettement des articles suivants du Code des Ts'ing qui réglementent cette matière :

« Le débiteur qui violera le contrat en ne rendant pas ce qu'il doit, sera puni ainsi : Pour une somme de 5 à 10 onces et si le terme est passé depuis trois mois, 10 coups de petit bâton, cette peine sera augmentée d'un degré par chaque mois de plus de retard : elle ne dépassera pas cependant 40 coups. » — « Pour une somme de 50 à 100 onces et 3 mois de retard 20 coups de petit bâton et un degré de plus chaque nouveau mois sans cependant aller au delà de 50 coups de petit bâton. » — « Pour 100 onces et plus, après le même retard de 3 mois, 30 coups... Le capital et l'intérêt seront versés entre les mains du créancier (1). »

« Celui qui a reçu en dépôt des biens mobiliers ou des bestiaux appartenant à autrui et qui les détériorera, ou en fera usage, subira une peine moindre d'un degré que celle destinée aux coupables de malversation pécuniaire. Cette peine cependant ne dépassera pas 90 coups de bâton et 2 ans d'exil. »

« Si le dépositaire ment en disant que les biens déposés ont péri, il sera jugé au chapitre du vol, et subira une peine moindre d'un degré (que celle destinée au voleur). Elle ne dépassera pas néanmoins 100 coups de bâton et 3 ans d'exil. Le coupable ne sera pas condamné à la marque. »

« Dans les deux cas, le dépôt devra être rendu au propriétaire. »

« S'il y a des preuves évidentes que la perte du dépôt a eu pour cause une inondation, un incendie, un pillage ou

(1) Code des Ts'ing, livre 14. Traduction par P. Boulais, *Manuel du Code Chinois*, t. I, p. 339.

un vol et que les bestiaux sont morts de maladie, le dépositaire sera exempt de toute poursuite. »

Commentaire officiel : « Le dépositaire est exempt de peine, exonéré d'indemnité, parce que la perte résulte d'un cas non imputable à la faute du dépositaire (1). »

Il faut préciser que ces deux textes visent des obligations de nature différente. Dans le premier texte il s'agit de l'obligation de payer une somme d'argent. La loi prévoit différents degrés de peines proportionnelles au montant de la somme due et au laps de temps écoulé, en cas de non paiement, dans les trois mois après l'échéance.

Le deuxième texte vise l'obligation de conserver la chose, c'est-à-dire l'obligation portant sur un corps certain. En cas de perte de la chose le dépositaire encourait une peine proportionnelle à la valeur de la chose perdue. On remarquera que la peine encourue par le dépositaire était plus lourde que celle infligée au débiteur en cas de non paiement. Sans doute, considérait-on, dans l'ancien droit chinois, que le dommage causé par la perte d'un corps certain, était plus sensible que le préjudice résultant pour le créancier d'un retard de paiement. Mais le deuxième texte prévoit les cas d'incendie, d'inondation, de vol, de brigandage et de mort de l'animal, de maladie, où le dépositaire était exempt de toute poursuite, alors que la première disposition est muette sur ce point. Les cas énumérés dans la deuxième disposition constituaient, sans doute, les cas que nous considérerions comme cas fortuits ou de force majeure, qui exonèrent le débiteur de son obligation. Ainsi, dans l'ancien droit chinois, comme en droit

(1) Code des Ts'ing, livre 14. Nous nous permettons d'apporter une correction à la traduction du P. Boulais : le terme *ts'ai* signifie « biens » et non pas « argent » comme l'a traduit P.-G. Boulais. *Op. cit.*, t. I, p. 343.

moderne, le risque, c'est-à-dire la perte fortuite de la chose de genre (somme d'argent) était à la charge du débiteur, tandis que le risque d'une chose certaine était à la charge du créancier.

Les cas non imputables à la faute du contractant.

Il convient de nous arrêter sur ces cas d'exonération de la responsabilité du dépositaire. Si l'inondation et le brigandage à main armée sont des cas non imputables à la faute du dépositaire, il en est autrement pour le vol et l'incendie. Le vol et l'incendie sont souvent conséquences de l'imprudence et de la négligence de celui qui est tenu de garder la chose. Cependant la législation impériale a décidé que le vol et l'incendie étaient causes d'exonération de la responsabilité, sans tenir compte de la faute d'imprudence qui, peut-être, avait été à la source de la perte de la chose.

Le législateur des Ts'ing s'est rendu compte que le vol et l'incendie ne pouvaient pas être considérés de plein droit comme cas non imputables à la faute de celui qui a la charge de garder la chose. Aussi a-t-il édicté pour certains contrats (contrats entre le mont-de-piété et les emprunteurs et contrats entre le teinturier et ses clients) des règles d'après lesquelles la perte de la chose en cas d'incendie et de vol est tantôt à la charge du gardien de la chose, tantôt partagée entre les deux parties (1).

D'autre part, l'ordonnance de K'ien-long (2) partage la

(1) V. Code des Ts'ing, livre 11, lois additionnelles, v. p. 174-175.

(2) Une référence à l'ordonnance de K'ien-long se trouve dans le Code des Ts'ing, dans les éditions antérieures à celle de 1910, au

responsabilité en cas de perte de l'immeuble dans un incendie involontaire entre les parties au contrat à rémeré et au contrat *tien* (1).

Ces dispositions semblent être des règles d'exception apportées à l'article cité plus haut qui considère le vol et l'incendie involontaire comme non imputables à la faute de celui qui est chargé de la garde de la chose.

Le pouvoir arbitraire du juge d'interpréter le contrat.

Un autre trait caractéristique de l'ancien droit chinois en notre matière est que le contrat liait les parties, mais ne liait pas le juge. Le juge jouissait du pouvoir arbitraire d'interpréter le contrat selon la morale.

L'ancien magistrat chinois nommé à la suite d'un concours surtout littéraire (2), était considéré comme le représentant de la morale, et était censé connaître la loi naturelle. En cas de contestation juridique entre les parties, il faisait appel aux principes moraux *yi et jang* (v. *infra*, p. 76-77). Ainsi s'il se trouvait en présence d'une inégalité économique flagrante entre les deux parties, il ne s'arrêtait pas devant les règles juridiques, et sacrifiait d'office les droits du créancier en l'obligeant à faire des concessions en faveur du débiteur insolvable, malgré toutes conventions expresses des parties.

livre 34. L'ordonnance est insérée dans le Recueil des lois des Ts'ing, *Ta Ts'ing lui li houei tsi pien lan*, publié en 1865, v. *infra*, p. 176-177.

(1) Sur la notion du contrat *tien* v. *infra*, p. 102.

(2) Voir *supra*, p. 6.

SECTION II. — JURISPRUDENCE DU TA LI YUAN

§ 1. — PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS
PRINCIPE DU SIMPLE ACCORD DE VOLONTÉ

La jurisprudence du Ta li yuan s'est inspirée des articles 50, 175 et 176 du Projet de code civil (1) et a introduit l'idée d'autonomie de la volonté de l'individu en matière de contrats. En d'autres termes, l'homme a la liberté de s'engager à ce qu'il veut et la seule condition de validité du contrat est le libre consentement. Nous verrons comment la jurisprudence du Ta li yuan a mis ces idées en pratique. L'autonomie de la volonté comporte deux règles principales : toute convention librement consentie est valable et toute convention pour être valable doit être librement consentie (2).

I. — DROIT DE FAMILLE

CONSENTEMENT DES PARTIES EN MATIÈRE DE MARIAGE

« L'acte de fiançailles n'est valable juridiquement que lorsque les futurs époux ont donné leur consentement mutuel pour sa rédaction, ainsi que pour l'échange des cadeaux », dit la décision 1365-1918 (3). Et aux termes d'une

(1) L'article 50 du Projet de code civil est ainsi conçu : « Tout individu a le droit à la liberté. La renonciation à la liberté peut être permise si elle n'est pas contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux lois impératives. »

Les articles 175-176 du même Projet de code civil valident tous les actes juridiques à moins qu'ils ne soient contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux lois impératives.

(2) V. M. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, Dijon, 1912, p. 61.

(3) Déc. 1365-1918, Kouo Wei, *Ta li yuan p'an K'uei li ts'üan chou*.

autre décision : « Si le contrat de fiançailles vient à être résolu par l'effet du consentement mutuel des fiancés ; ou par l'un d'eux pour une cause déterminée par la loi, il n'est pas permis aux parents de contraindre les futurs époux à maintenir le contrat de fiançailles (1). »

La jurisprudence moderne réalise une véritable révolution en matière de mariage. Elle a reconnu d'une part aux jeunes gens la liberté de se marier et, d'autre part, a interdit aux parents de contraindre leurs enfants à se marier. Elle fait des fiançailles non plus un traité entre les deux familles, mais un contrat entre les parties intéressées. Toutefois, la jurisprudence du Ta li yuan n'est pas allée jusqu'à considérer les fiançailles comme une simple promesse de mariage dépourvue de force obligatoire du contrat (2).

D'autre part, le Ta li yuan a conservé les anciennes conditions de forme en notre matière. De même que dans l'ancien droit chinois le Ta li yuan a exigé pour la validité du contrat de fiançailles, la rédaction de l'acte écrit ou l'échange des cadeaux (3).

Des réformes ont été réalisées également en ce qui concerne l'institution d'héritier.

Entre autres conditions requises pour la formation de l'institution d'héritier, le Ta li yuan a exigé en premier lieu le

Recueil des décisions contentieuses du Ta li yuan, p. 221, *Rec. des Sommaires*, 1118, p. 280.

(1) Déc. 69-1916, Kouo Wei, p. 216. *Rec. des sommaires*, 1187, p. 303.

Sur la transformation du droit de la famille, plus précisément en matière de mariage, v. J. Escarra, *Rec. des Somm.*, p. 259, note 146, et p. 281, note 159.

(2) V. la jurisprudence française : Arrêt de la Cour de Cassation, du 30 mai 1838, (S., 1838, 1, 492).

(3) Déc. 215-1913, Kouo Wei, p. 212, *Recueil des sommaires* 1117, p. 278-279.

consentement des parties : « Outre qu'elle doit être faite en conformité de dispositions de la loi, l'institution d'héritier doit réunir le consentement de l'instituant et de l'institué. Si l'institué ne le désire pas, l'institution ne peut être faite simplement par la volonté unilatérale de l'instituant. » (Déc. 269-1916) (1).

La jurisprudence du Ta li yuan a fait de l'institution d'héritier qui était dans l'ancien droit chinois un statut légal un quasi-contrat soumis aux principes dégagés par elle : d'une part, les parties sont libres de contracter et, d'autre part, le consentement des parties est la condition essentielle de formation du contrat.

Mais la jurisprudence n'est pas allée jusqu'à confondre l'institution d'héritier et l'adoption : l'instituant est resté toujours tenu, dans son choix de l'institué, de se conformer à la loi, alors que l'adoptant était libre de choisir l'adopté. La limite légale du choix de l'instituant consiste en l'obligation pour lui de désigner une personne portant le même nom de famille. Les juges du Ta li yuan n'ont pas voulu s'affranchir des anciennes traditions du culte de famille.

La matière n'est pas réglée dans le nouveau Code civil chinois.

II. — DROIT DU PATRIMOINE

A. — *Le principe de la liberté contractuelle et ses limites.*

Dans l'ancien droit chinois, la liberté des contrats laissée aux particuliers était, d'une part, exorbitante, faute de réglementation ; d'autre part, les coutumes et les traditions fami-

(1) Tr. par M. Escarra, *Rec. des sommaires* 1492, p. 383, Kouo Wei, p. 269.

liales liaient les individus dans l'exercice de leurs droits, contrairement à l'intérêt économique du pays.

S'inspirant des articles précités (175-176) (1) du Projet de code, le Ta li yuan reconnaît le principe de la liberté des conventions, mais il apporte des limitations dans l'intérêt général, en vertu des lois impératives, des bonnes mœurs et de l'ordre public.

Les expressions d'ordre public et de bonnes mœurs sont empruntées aux droits occidentaux. Aucune décision ne définit ces notions. Celle d'ordre public est très vague et difficile à définir. Quant à la notion de bonnes mœurs, elle paraît être plus précise et peut se définir par : la morale. Mais au moment où statuait le Ta li yuan, la Chine venait de renoncer à son ancien régime et commençait sa nouvelle ère de modernisation. L'ancienne morale fut ébranlée. Les nouvelles idées politiques, sociales et économiques créèrent une nouvelle morale, de nouvelles mœurs non seulement différentes des anciennes mais parfois même contraires à celles-ci, de sorte que la notion de bonnes mœurs est devenue impossible à définir. Il appartient donc au juge d'apprécier chaque espèce, en prenant en considération les principes du nouveau régime politique et de la nouvelle société.

La loi des Ts'ing interdit le jeu et le pari. Par une interprétation extensive le Ta li yuan a assimilé le contrat de spéculation au jeu et au pari et a déclaré ce contrat sans effet juridique (2).

La stipulation de l'intérêt excessif dépassant 3 % mensuel était interdite par la loi impériale. En fait, les prêts à un

(1) V. *Supra*, p. 30.

(2) V. déc. 646-1914, Kouo Wei, p. 134, *Rec. des Sommaires* 746, p. 156; déc. 820-1917, Kouo Wei, p. 135, *Rec. des Somm.*, 745, p. 156-7; déc. 537-1918, Kouo Wei, p. 46, *Rec. des Somm.* 82, p. 23.

intérêt qui dépassait le taux légal, étaient assez fréquents et si l'affaire n'était pas soumise au magistrat, elle échappait à l'interdiction de la loi, de sorte que, sous l'ancien régime, l'intérêt atteignait parfois un taux de 48-60 %. Le Ta li yuan a frappé d'une nullité absolue toutes les stipulations de l'intérêt excessif dans la mesure où l'intérêt stipulé dépassait le taux légal.

La coutume d'après laquelle les parents avaient le droit de préemption en cas d'aliénation des immeubles de famille, a été déclarée nulle comme contraire à l'intérêt général. « La coutume en vertu de laquelle le vendeur d'un immeuble est tenu de réserver un droit de préemption aux membres de sa famille, ne saurait recevoir un effet légal, parce qu'elle constitue une restriction à l'exercice du droit de propriété et une entrave à la circulation des biens et au développement économique du pays (1). »

Le Ta li yuan a interdit les stipulations en vertu desquelles le créancier non payé avait le droit de s'approprier à l'échéance la chose mise en gage — stipulations admises, faute de règles légales dans le droit coutumier — car il est contraire à la morale que le créancier puisse profiter de la situation misérable du débiteur et acquérir ses biens à des conditions désavantageuses pour celui-ci (voir chap. sur les sûretés réelles, p. 112).

Enfin, conformément à l'ordonnance du 21 octobre 1909, le Ta li yuan a interdit l'achat et la vente de femmes (déc. 656-1916, *Kouo Wei*, p. 92, 427-191, *Kouo Wei*, p. 92, voir J. Escarra, *Rec. des Somm.* 447, 448, pp. 93, 94, note 57, B.

(1) Décision 282-1915, Tr. par M. Escarra, *Rec. des Somm.*, 12, p. 6, *Kouo Wei*, p. 30. V. décision d'interprétation, n° 943-1919, *Kouo Wei*, I., p. 524, p. 133.

B. — *Le principe du simple accord de volonté
dans la formation du contrat.*

Du principe de la liberté contractuelle, la jurisprudence moderne est allée jusqu'à admettre le principe du simple accord de volontés pour la formation du contrat. Pour que le principe de la liberté des conventions triomphe, il faut que le contrat soit dénué de toute formalité de nature à entraver la libre manifestation de la volonté du contractant. Ainsi le Ta li yuan a décidé que tout contrat se forme par simple accord de volontés (1).

Une autre décision déclare que le contrat n'est pas un acte solennel et qu'il n'est pas nécessaire de dresser un acte écrit pour sa formation (2). Du moment que la déclaration de volonté des parties peut être prouvée par témoins ou par d'autres moyens, l'existence du contrat ne peut être mise en doute. Dans ce sens est la décision d'interprétation n° 1254 (3).

Deux exceptions sont pourtant apportées par le Ta li yuan au principe du simple accord de volontés : en matière de contrat de fiançailles (voir p. 31) et en matière de sûretés réelles portant sur les immeubles. Aux termes de la décision 77-1918 : « La constitution d'une sûreté réelle sur un immeuble doit être accompagnée d'un acte écrit, sous peine de nullité (4). »

(1) Déc. 241-1914, Kouo Wei, p. 47, *Rec. des Somm.*, 119, p. 30.

(2) Déc. 230-1915, Kouo Wei, p. 91-2, *Rec. des Somm.*, 453, p. 96 ; Déc. 1027-1918, Kouo Wei, p. 93, *Rec. des Somm.*, p. 454, p. 96.

(3) V. p. 122-123. La première des deux opinions émises au sujet de l'affaire de la décision n° 1254, confirme notre point de vue sur l'importance attachée à l'acte écrit dans l'ancien droit chinois coutumier (v. p. 22).

(4) Déc. 77-1918, Kouo Wei, p. 191, *Rec. des Somm.*, 1856, p. 176.

§ 2. — CONDITIONS DE FORMATION ET DE VALIDITÉ DES CONTRATS.

Tous les contrats étant déclarés par la jurisprudence du Ta li yuan, non solennels, les conditions requises pour la formation ne se rapportent qu'au fond : consentement et objet.

A) *Consentement.*

1° *Manifestation de volonté.* — Pour que la volonté puisse lier le déclarant, il faut que la volonté soit manifestée d'une façon claire. Il n'est pas nécessaire que la volonté soit déclarée sous forme écrite : « La déclaration de volonté n'exige pas un écrit ou une marque d'identification comme condition essentielle de sa validité (2). »

La volonté secrète, non déclarée, quoi qu'elle soit la véritable volonté du contractant ne produit aucun effet juridique (2). Il semble que la jurisprudence du Ta li yuan par cette décision ait adopté non pas la doctrine du consentement réel mais celle de la déclaration de la volonté (3). Mais ce n'est que dans le cas où l'autre contractant ignore la véritable volonté du déclarant. Au cas où la fausse déclaration de volonté est faite de connivence avec l'autre partie, l'acte est dépourvu d'effets entre les parties (Déc. 255-1914).

Mais l'acte est valable à l'égard des tiers, car ceux-ci ne peuvent connaître que la volonté déclarée (Déc. 162-1917). Ces décisions sont à la base des articles 86-87 du nouveau Code civil chinois.

(1) Déc. 1388-1915, Kouo Wei, p. 44, *Rec. des Somm.*, 76, p. 22.

(2) Déc. 255-1914, Kouo Wei, p. 44, *Rec. des Somm.*, 96, p. 22.

(3) La décision 255-1914 est inspirée de l'article 178 du Projet de code civil chinois de 1911. Voir l'art. 116 du Code civil allemand.

a) *Valeur du silence*. — Le silence n'est pas manifestation de volonté (1) ; toutefois, aux termes de la décision (2), il y a trois cas où le silence est considéré, d'après le Ta li yuan, comme acquiescement :

Premier cas : En vertu de la coutume locale, sans doute le cas de reconduction tacite dans le contrat de location, admis par toutes les législations.

Deuxième cas : Lorsque les parties se trouvent déjà en rapport d'affaires antérieur. Ainsi d'après la décision d'interprétation n° 1372, l'acceptation d'une facture ne vaut l'adhésion aux clauses qui y sont insérées que lorsque les parties sont en rapport d'affaires antérieur et qu'il y a déjà eu entre elles pareil cas d'adhésion résultant du silence (3).

Troisième cas : Quand le pollicitant pose à son co-contractant la condition que s'il garde le silence, l'offre sera considérée comme acceptée.

Si l'on peut dire des deux premières exceptions qu'elles confirment la règle, en ce sens que la coutume et les rapports d'affaires antérieurs permettent aux parties de convenir plus ou moins implicitement des rapports éventuels d'obligations entre elles, la troisième exception au contraire surprend. Le contractant pouvant se trouver lié, malgré lui, à son insu même parfois à l'égard d'un pollicitant qu'il ne connaît pas, se trouve contraint à une manifestation de volonté pour se dégager de l'obligation qu'on veut lui imposer. Cette troisième exception paraît ainsi en contradiction et avec le principe de la déclaration de volonté et avec le principe de la liberté contractuelle.

(1) Déc. 1203-1914, Kouo Wei, p. 43, *Rec. des Somm.*, 117, p. 29.

(2) Déc. 195-1914, Kouo Wei, p. 47, *Rec. des Somm.*, 125, p. 30.

(3) V. *infra*, p. 124.

En ce qui concerne le moment de la formation du contrat, les principes qui se dégagent de la jurisprudence du Ta li yuan sont les suivants :

b) *La pollicitation.* « La simple offre ne lie pas le pollicitant tant que l'offre n'a pas été acceptée » (195-1914).

Mais si le pollicitant a fait une offre avec délai, il est lié par son offre pendant le délai : à l'expiration de celui-ci, il est libre de renouveler ou de faire tomber son offre primitive (1).

Pour que le contrat soit formé, il faut que l'offre ait été acceptée par le co-contractant. Si le contrat est passé entre les parties absentes, par correspondance, à quel moment le contrat est-il formé ? Au moment où l'offre est arrivée à la connaissance du co-contractant et où celui-ci émet son consentement, ce serait le système de l'émission ; ou au moment où l'acceptation est communiquée au pollicitant ce serait le système de la réception.

Le deuxième alinéa de la décision 195-1914 précitée est ainsi conçu : « En matière de formation des contrats si, d'après la coutume du lieu où le contrat est passé, l'usage des parties, ou la déclaration de volonté de la partie qui a fait l'offre, il n'est pas nécessaire de communiquer l'acceptation, le jour de la formation du contrat sera, dans ce cas, celui où l'acceptation peut être considérée comme un fait accompli (2). »

Si la communication de l'acceptation n'était pas nécessaire en vertu de la coutume locale, de l'usage entre parties ou de la déclaration du pollicitant, l'acceptation sera considérée

(1) Déc. 1374-1917, Kouo Wei, p. 48, *Rec. des Somm.*, 126, p. 31.

(2) Trad. par M. Escarra, *Rec. des Somm.*, 125, p. 30.

comme fait accompli, le jour où l'offre est arrivée à la connaissance de l'acceptant, si ce dernier ne manifeste pas sa volonté contraire.

D'après cette décision, il semble que le Ta li yuan ait adopté le système de l'émission. La conséquence de ce système est que si l'acceptant veut révoquer son acceptation, il faut que la révocation soit arrivée avant ou en même temps que l'acceptation. On voit tout l'intérêt que présente l'adoption de l'une ou de l'autre théorie en pratique : l'appréciation de la capacité des parties au moment de la passation du contrat, vice du consentement, retrait de l'offre, etc... Le nouveau Code civil chinois a adopté le système de l'émission (art. 95).

c) *Vices du consentement.* — La volonté déclarée ne peut lier son auteur que lorsque le déclarant a manifesté sa volonté librement, et en connaissance de cause, c'est-à-dire que le consentement n'est entaché d'aucun vice. D'où la théorie des vices du consentement introduite par la jurisprudence du Ta li yuan en droit chinois moderne. Les faits qui vicient le consentement sont : l'erreur, le dol et la violence.

L'erreur est définie par la jurisprudence du Ta li yuan ainsi : « En cas d'erreur sur la substance de la déclaration de volonté, c'est-à-dire s'il est établi que le déclarant n'aurait pas fait sa déclaration de volonté, s'il avait connu les faits, cette déclaration peut être annulée (1). »

L'article 88 du Code civil chinois reproduit textuellement la décision du Ta li yuan.

Dol. — Le dol est défini par le Ta li yuan en ces termes : « On entend par dol, en droit civil, toute manœuvre fraudu-

(1) Déc. 158-1917, Kouo Wei, p. 45, *Rec des Somm.*, 109, p. 28. Projet de code civil, art. 181. Voir l'art. 119, Code civil allemand.

leuse d'une partie ayant pour but de tromper l'autre en lui présentant sciemment les faits sous un jour inexact, afin de la déterminer à faire la déclaration de volonté (1). »

Ainsi pour être cause de nullité du contrat, il faut que le dol soit l'œuvre du co-contractant. S'il est commis par un tiers, il faut que le co-contractant en ait connaissance (158-1917). La décision est la base de l'article 92 du nouveau Code civil chinois.

Le dol est toujours une cause de nullité, même si l'erreur provoquée porte sur des éléments non substantiels du contrat. Par là le dol diffère de l'erreur (2). Dans la décision d'interprétation n° 1327 (voir p. 126-128), le Ta li yuan a fait une distinction entre l'escroquerie qui relève du droit pénal et la fraude, délit civil. La fraude est une cause d'annulation du contrat.

Violence. — Le troisième vice du consentement est la violence.

Le Ta li yuan définit la « violence » en ces termes : « On entend par *k'ong ho* « crainte provoquée » ou menace, toute parole ou action calculée de façon à remplir de crainte celui qui est contraint ou menacé et à le forcer à obéir. L'auteur des paroles ou menaces doit avoir l'intention d'effrayer une autre personne par contrainte physique ou morale (3). »

La violence qui vicie le consentement doit remplir les conditions suivantes : elle doit être de nature suffisante à faire perdre à la personne la liberté de la volonté. Il appartient au juge d'apprécier les faits. Elle doit être injuste quant au moyen et quant au but. « Il n'y a plus de contrainte si la

(1) Déc. 145-191, Kouo Wei, p. 41-42, *Rec. des Somm.*, 100, p. 27.

(2) Déc. 580-1914, Kouo Wei, p. 42, *Rec. des Somm.*, 99, p. 27.

(3) Déc. 1071-1914, Kouo Wei, p. 43, *Rec. des Somm.*, 102, p. 27.

menace provient d'une personne exerçant ses droits à l'aide de moyens légitimes », dit la décision contentieuse 1739-1915 (Kouo Wei, p. 45, *Rec. des sommaires* 105, p. 27-28). De même il n'y a pas de violence en cas de contrainte prononcée par la justice.

La violence comme le dol est toujours une cause de nullité (1).

Il est intéressant de noter que les termes employés par le Ta li yuan pour désigner ce vice du consentement est *k'ong-ho* « crainte provoquée ». Les termes sont pris de l'ancien droit chinois. On voit par là que l'ancien droit avait bien vu que le vrai vice du consentement est la crainte et non pas la violence, d'où le double caractère de la violence à la fois pénal et civil (2). Certes, l'ancien droit chinois n'a pas réglé ce vice du consentement selon la dualité de sa nature, mais en fait la dualité apparaissait.

Mais le nouveau Code civil chinois n'a pas conservé la vieille terminologie *k'ong ho*. Il s'est contenté des termes *sie p'o* du Projet de code, qui sont traduction du terme « violence » de certains droits occidentaux.

B) *Objet du contrat.*

Les décisions relatives à l'objet du contrat, ou plus précisément à l'objet des obligations, déclarent que l'obligation peut avoir pour objet soit une chose certaine, soit une chose de genre, soit une obligation alternative, à condition bien entendu, que la chose soit licite et ne soit pas impossible.

(1) Le Ta li yuan n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la lésion.

(2) En droit suisse, ce vice du consentement est désigné sous le terme « crainte fondée ».

Si l'obligation porte sur une chose certaine, le débiteur ne peut se libérer de son engagement qu'en délivrant la chose (Déc. 375-1914, K. W. p. 58, *Rec. des sommaires* 202, p. 51).

Si l'objet de l'obligation est une chose de genre et que les parties n'ont pas précisé la qualité, le débiteur est tenu de délivrer une chose de qualité moyenne (décision 2235-1915, K. W., p. 59, *Rec. des sommaires* 203, p. 51). La règle a servi de base à l'article 200 du nouveau Code civil chinois.

Mais si la chose n'existe que de deux sortes de qualité, l'une d'elles seulement doit être délivrée, le choix appartient au débiteur (Déc. 2235-1915, K. W., p. 52, *Rec. des sommaires* 5203, p. 51). C'est le principe concernant l'obligation alternative, principe admis par toutes les législations. La décision est inspirée par l'article 333 du Projet de code civil. La règle est consacrée par le nouveau Code civil chinois (art. 208).

En application de cette règle, au cas où il existe, dans le pays où doit s'effectuer le paiement, plusieurs monnaies libératoires, le débiteur aura le droit de choisir la monnaie de paiement, et nonobstant la dépréciation de la monnaie choisie depuis la naissance de la dette.

« Toute personne tenue envers une autre d'une dette de somme d'argent doit se libérer avec une des monnaies ayant cours légal. Si celles-ci sont de différentes espèces, laquelle doit être employée en paiement ? D'autre part, si la valeur d'échange de ces diverses monnaies est différente, doit-on payer avec des monnaies dont la valeur est la plus élevée au moment de l'échéance ? Enfin, si le paiement est effectué avec des monnaies dont la valeur est la plus basse, doit-on compenser la différence ? La solution de ces questions dépend naturellement de l'existence ou de l'absence des stipulations spéciales entre les parties, ainsi que de l'application des

usages. A défaut de stipulations spéciales et d'usage, la monnaie de paiement doit être laissée au choix du débiteur conformément aux dispositions générales relatives à la dette d'une somme d'argent. Bien que dans l'espèce, le débiteur soit responsable du retard de paiement, le créancier ne peut lui réclamer que l'intérêt moratoire légal, sans avoir le droit de demander la compensation de la différence résultant du change (1227-1914, K. W., p. 58) (1). »

La décision précitée nous paraît très logique et conforme au principe du droit moderne, notamment au principe de protection de l'intérêt du débiteur (voir : art. 1162 du Code civil français). Elle met les risques de la dépréciation de la monnaie à la charge du créancier. (Nous verrons le revirement de l'opinion du Ta li yuan en matière de paiement, plus loin.)

C) Cause du contrat.

Les décisions du Ta li yuan sont brèves sur ce point. Il semble que la théorie de la cause dans les contrats n'ait pas eu d'influence sur les juges du Ta li yuan. Les rédacteur du nouveau code Civil chinois ont eux aussi passé la question sous silence (2).

(1) Trad. par M. Escarra, *Rec. des Somm.*, 208, p. 52.

(2) Dans le droit chinois coutumier, le motif du contrat semble avoir joué un rôle dans les actes juridiques. Les formules de vente d'immeubles et de prêt d'argent portaient toujours une mention du motif pour lequel le prêteur ou l'aliénateur voulait prêter de l'argent ou vendre son immeuble. En général, le motif était le manque d'argent, et l'emprunteur ou l'aliénateur spécifiait que le besoin était légitime ; qu'il utiliserait l'argent qui lui serait procuré par le prêt ou l'aliénation pour des buts loyaux (voir formules des contrats, p. 173-174).

§ 3. — EFFETS DU CONTRAT

1° *Force obligatoire du contrat.*

« Le contrat légalement formé lie ses auteurs à moins que le contrat ne soit résolu d'après la loi ou entaché d'une cause de nullité. » (Déc. 985-1916, K. W. p. 92, *Rec. des Somm.* 437, p. 91.) Par l'expression « légalement formé », la décision vise les conventions faites conformément à la loi : les lois applicables au moment où statuait le Ta li yuan étaient les lois du Code des Ts'ing en vigueur, les « principes généraux » adoptés par la jurisprudence et le droit coutumier. La décision est une déduction logique du principe de la liberté contractuelle limitée aux règles des lois impératives, de l'ordre public et des bonnes mœurs. En principe, toute convention lie ses auteurs, à condition qu'elle soit légalement formée et qu'elle ne soit pas résolue par la loi. Tandis que dans l'ancien droit chinois avec le système de la liberté absolue des contrats, toute convention liait ses auteurs, il n'y avait aucun contrôle légal.

La force obligatoire du contrat est exprimée par la règle d'après laquelle le contractant n'a pas le droit de révoquer la convention par sa seule volonté. Il est obligé d'exécuter la prestation promise sous peine d'y être forcé par l'autorité publique. (Déc. 199-1914, K. W. p. 93, *Rec. des sommaires*, 469, p. 99.)

Le contrat lie le juge.

L'innovation introduite par la jurisprudence dans le droit chinois moderne est la règle d'après laquelle le contrat lie non seulement ses auteurs, mais aussi le juge dans son interprétation.

En effet, nous avons vu que, dans l'ancien droit chinois les magistrats impériaux avaient le pouvoir arbitraire de trancher les litiges surgis à propos d'un contrat, ils pouvaient rendre un jugement contraire à la volonté des parties exprimée dans le contrat, s'ils estimaient que l'équité l'exigeait.

La Ta li yuan en a décidé autrement : « Si le sens du texte du contrat est clair, celui-ci doit être appliqué sans qu'on puisse donner arbitrairement une interprétation plus large ou étroite » (Déc. 975-1915, K. W., p. 44, *Rec. des Sommaires*, 115, p. 29).

Le juge chinois moderne n'a plus le droit de substituer sa propre volonté à la volonté des parties même si l'équité l'exige. Le contrat lie ses auteurs, le juge n'a qu'à suivre leur volonté exprimée dans le contrat, pourvu que ce dernier ne viole ni les lois impératives, ni les lois d'ordre public, ni les bonnes mœurs (1).

(1) En ce qui concerne le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs, invoqué par le Ta li yuan dans nombre de ses décisions, nous l'avons vu plus haut, il convient cependant de signaler une solution contraire : celle de la décision d'interprétation n° 1359 (*infra* p. 125). Cette décision est rendue au sujet d'un contrat de location conclu pour une durée de 10 ans. Le locataire a ouvert dans l'immeuble loué une salle de jeu, commerce défendu par la loi ; aussi a-t-il été incarcéré pendant un certain temps. A la libération du locataire, le bailleur a demandé en justice l'annulation du contrat de bail. L'affaire fut portée devant le Ta li yuan. Celui-ci rejeta la demande du bailleur pour cette raison que les parties sont liées pour toute la durée du contrat et que l'acte illicite commis par le locataire n'a pas en fait causé préjudice matériel au propriétaire de l'immeuble, les parties doivent donc respecter leur contrat.

La décision paraît être fondée sur l'idée du respect de la convention à laquelle les parties ont consenti. Mais elle néglige les notions d'ordre public, de bonnes mœurs et de loi impérative, notions introduites par le Ta li yuan lui-même en matière d'obligation. En l'espèce le but visé par le locataire est certainement illicite et contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Cependant le Ta li yuan l'a maintenu. La raison est d'ordre pure-

Mais le juge moderne n'est lié par le contrat que « si le texte du contrat est clair ». Au contraire, si le texte n'est pas clair, le juge doit rechercher la véritable volonté des parties, nonobstant la lettre du contrat. Cette réserve faite par la jurisprudence chinoise se trouve surtout opportune du fait que, dans le droit coutumier chinois, l'usage a consacré des formules pour les contrats les plus usuels tels que le prêt d'argent, la vente et le « *tien* » (1) d'immeuble, etc. Ces formules rédigées originairement sur les exigences du créancier contiennent des conditions peu favorables au débiteur, et sont devenues formules-types. Il faut que le juge ait les moyens d'en atténuer la rigueur afin de sauvegarder l'équilibre des prestations dans un contrat. Aussi le Ta li yuan a-t-il autorisé les juges à rechercher la véritable volonté des parties à un contrat, leur accord mutuel par tous les moyens possibles, au lieu de s'en tenir strictement à la lettre du contrat (2).

2° *Exécution du contrat.*

Le contrat doit être exécuté d'après sa teneur (Déc. 2113-1915, K. W., p. 94) et de bonne foi (Déc. 32-1916).

Dans quelle mesure le débiteur est-il responsable ? La jurisprudence du Ta li yuan a introduit la distinction tripartite de la faute en matière de responsabilité contractuelle : faute lourde, faute légère et faute très légère. L'appréciation de la faute se fait par référence au type abstrait

ment pratique et humanitaire : le Ta li yuan s'est laissé convaincre par la plaidoirie du locataire qui, après avoir séjourné dans la prison, n'a peut-être pas les ressources nécessaires pour déménager et pourrait être jeté sur la rue.

(1) Sur le *tien*, voir le chapitre des Sûretés réelles, p. 102.

(1) V. Déc. 64-1914, Kouo Wei, p. 42. *Rec. des Somm.*, 114, p. 29. Décision d'interprétation n° 896.

du bon administrateur, en conséquence, le débiteur est responsable en principe de sa faute la plus légère (voir Déc. 288-1915, K. W., p. 108, *Rec. des Sommaires*, 540 et 545, p. 112-113).

Mais en matière de dépôt, si le contrat est passé à titre gratuit, il ne présente donc aucun avantage pour le dépositaire ; en cas de perte de la chose, le dépositaire n'est tenu que de sa faute lourde (voir Déc. 156-1918, Kouo Wei, p. 116, *Rec. des sommaires*, 608, p. 126).

Les rédacteurs du Code civil chinois ont rejeté la distinction tripartite de la faute. Mais les principes énoncés dans les décisions citées ont servi de base à l'article 220 du Code civil : « Le débiteur répond de ses actes fautifs et intentionnels. La responsabilité du débiteur pour sa faute peut être plus ou moins lourde selon le caractère de l'acte. Si l'acte ne présente aucun avantage pour lui, sa responsabilité sera appréciée avec moins de rigueur. »

Ainsi cet article 220 prévoit en faveur du débiteur désintéressé et de bonne foi, une exception au principe adopté par le Ta li yuan, en vertu duquel les dommages-intérêts doivent constituer une indemnité intégrale du dommage causé. L'article 220 donne au juge un pouvoir d'appréciation.

Il y a un cas où le retard dans l'exécution de l'obligation est autorisée par le Ta li yuan, c'est le droit de rétention. Le droit de rétention est un droit en vertu duquel le débiteur a le droit de retenir la chose appartenant à son créancier qui est, en même temps, son débiteur, jusqu'à ce que celui-ci exécute son obligation (Déc. 301-1916, Kouo Wei, p. 70, *Rec. des sommaires*, 326, p. 73). L'exercice du droit de rétention est subordonné à deux conditions : 1° Il faut que la chose appartienne au débiteur ; 2° Il faut que l'obligation qui donne naissance au droit de rétention soit en relation avec la chose

(Déc. 253-1911. Kouo Wei, p. 65, *Rec. des sommaires*, 324, p. 72).

Il s'agit ici de deux obligations distinctes : l'obligation qui donne naissance au droit de rétention sur la chose, l'objet d'une autre obligation. Les deux obligations sont indépendantes. Il faut seulement que le débiteur puisse se prévaloir d'une créance qui se rattache à sa dette.

Cas fortuit ou de force majeure.

Pour que le débiteur soit responsable de l'inexécution de l'obligation, il faut qu'il ait commis une faute (Déc. 1299-1918). Par conséquent, en cas d'inexécution par cas fortuit ou de force majeure, le débiteur est exonéré de son obligation.

Les conditions de l'exonération du débiteur par le cas fortuit et la force majeure sont prévues par une décision du Ta li yuan, fondée sur la loi impériale alors en vigueur.

Cette décision est ainsi conçue : « La disposition de la loi en vigueur aux termes de laquelle, lorsque les objets, argent ou bétail confiés au dépositaire, ont péri par suite d'inondation, d'incendie ou de vol, le dépositaire est exonéré de sa responsabilité, si les événements ci-dessus sont entièrement prouvés, ne s'applique qu'aux cas où l'on peut prouver que la perte est due à la force majeure. Mais lorsque malgré l'inondation, l'incendie ou le vol, la perte pouvait être évitée par les soins du dépositaire, et que celui-ci a été négligent, il demeure tenu de l'obligation de réparation (1). »

Cette décision s'explique par les conséquences attachées par l'ancien droit au cas fortuit et à la force majeure, matérialisés par l'inondation, l'incendie, le vol et le brigandage (2) :

(1) Déc. 91-1918, K. W., p. 116, *Rec. des Sommaires*, 609, p. 126.

(2) Voir *supra*, p. 27-28.

ces événements exonéraient le débiteur de la manière la plus absolue.

La décision du Ta li yuan permet une appréciation infiniment plus souple des motifs de la non-exécution de l'obligation, et dégage ainsi la notion du cas fortuit et de force majeure. Le cas fortuit et de force majeure est donc un cas dans lequel, malgré toutes les précautions prises par le débiteur, la perte de la chose est inévitable.

En matière de dettes d'argent, le Ta li yuan a décidé que le débiteur ne pourrait pas se prévaloir de l'impossibilité de payer la dette par cas fortuit (1). De plus, le juge n'avait pas le droit d'accorder au débiteur un délai de grâce pour cause d'impossibilité de payer la dette par cas fortuit, si le créancier n'y consentait pas. Les solutions du Ta li yuan en matière de dettes d'argent sont fondées sur le principe en vertu duquel les risques d'une chose de genre sont à la charge du débiteur.

Preuve de l'obligation.

La question se pose de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve. En vertu du principe général, celui qui invoque un fait doit en rapporter la preuve ; il appartenait au débiteur de prouver que l'inexécution de l'obligation ou le retard dans l'exécution étaient dus au cas fortuit et de force majeure. En effet, aux termes d'une décision d'interprétation du Ta li yuan (N° 1137, Voir *infra*, p. 130) le débiteur qui prétendait être exonéré de son obligation pour cas fortuit ou de force majeure, devait prouver qu'il avait apporté toutes les précautions nécessaires à la conservation de la chose et que celle-ci avait péri malgré toutes les mesures

(1) Déc. 345-1915, Kouo Wei, p. 67 ; Déc. 1364-1915, Kouo Wei, p. 69, et 1227-1917, Kouo Wei, p. 73, *Rec. des Somm.*, 269, 270, 271, p. 62.

prises (1). Au contraire, il semble bien qu'il appartient au créancier qui demandait l'indemnité, malgré la disposition de la loi, mais avec l'autorisation de la jurisprudence, de prouver que le débiteur avait commis une négligence n'ayant pas pris toutes les précautions nécessaires pour éviter la perte de la chose (2).

Contrats synallagmatiques.

Simultanéité de l'exécution des obligations synallagmatiques.

« Si les parties sont tenues d'une obligation synallagmatique, elles doivent l'exécuter simultanément » (Déc. 1041-1914).

Il en résulte que l'une des parties à un contrat synallagmatique a le droit de se refuser à l'exécution de son obligation si l'autre partie n'exécute pas la sienne (Déc. 830-1916). C'est l'exception non *adimpleti contractus*. Cette décision est inspirée par l'article 409 du Projet de code civil chinois de 1911. L'origine de l'article 409 du Projet de code est dans le droit allemand (Code civil allem., art. 320). De même que le droit allemand, le *Ta li yuan* a employé deux termes différents : le droit de refus et le droit de rétention, pour ne pas confondre le refus d'exécution de l'une des parties à un contrat synallagmatique avec le droit de rétention.

Dans un contrat synallagmatique, si l'une des parties n'exé-

(1) Une décision de la Cour Suprême de Nankin consacre cette solution : « Pour une prestation à terme fixe, le débiteur est de plein droit responsable du retard à dater de l'échéance du terme. Si une circonstance non imputable au débiteur a été cause de la non-exécution de l'obligation, bien que (dans ce cas) le débiteur ne soit pas responsable du retard, il a cependant la charge de faire la preuve de la circonstance qui ne lui est pas imputable ». (Déc. 1956-1932. Trad. par M. Théry, Année judiciaire 1932, p. 43.)

(2) Décisions d'interprétation n° 1333. Voir *infra*, p. 131.

cute pas son obligation, l'autre a le droit de refuser l'exécution de la sienne. Ce droit de refus est inhérent à la nature même du contrat synallagmatique. La doctrine française voyait jusqu'ici dans le droit du débiteur de refuser l'exécution dans un contrat synallagmatique, un cas d'application du droit de rétention (1). Le droit allemand fait une distinction très nette entre le droit de rétention et le droit du débiteur de se refuser à l'exécution dans un contrat synallagmatique (2). La différence entre les deux droits est la suivante : le droit de rétention est une garantie accordée en cas de dettes réciproques et connexes, et qui suppose nécessairement l'indépendance respective des deux obligations (3). Dans un contrat synallagmatique, les deux obligations ne sont pas des dettes connexes et indépendantes, ce sont des dettes dont chacune est l'équivalent de l'autre, l'une constituant la cause juridique de l'autre. Celui qui invoque un droit de rétention se prétend nanti d'une garantie de paiement que le droit lui assure sous forme de mesure d'équité, parce que sa créance se rattache à sa propre dette ; tandis que dans un contrat synallagmatique, le débiteur qui exige l'exécution simultanée se prévaut d'un des effets mêmes du contrat (4).

Le nouveau Code civil chinois a méconnu le point de vue du Ta li yuan sur la question. Aucun texte ne consacre la règle de simultanéité des obligations dans un contrat synallagmatique et de l'exception non *adimpleti contractus* qui en résulte. En revanche, l'article 932 du chapitre consacré

(1) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, p. 81.

(2) *Code civil allemand*, art. 273-274.

(3) V. : *supra*, p. 47-48.

(4) R. Saleilles, *l'Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier Projet de Code civil pour l'Empire Allemand*, p. 187-188.

au droit de rétention (1) semble être destiné à être appliqué dans le cas où l'un des contractants voudra se prévaloir de l'exception non *adimpleti contractus*. Ainsi on peut craindre que le nouveau droit chinois ne soit amené à voir dans l'exception non *adimpleti contractus* une application du droit de rétention.

Le contrat synallagmatique peut être résilié pour cause d'inexécution de l'obligation par l'un des contractants. Les décisions du Ta li yuan sur ce point sont inspirées également du Projet de code. Une décision pose la règle suivante : « Si l'inexécution de la prestation incombant à une partie à un contrat synallagmatique n'est imputable à la faute d'aucune des partis, la partie défaillante n'est pas admise à demander à l'autre l'exécution de sa contre-prestation. Mais, dans le cas d'inexécution partielle le montant de la contre-prestation doit être réduit conformément aux dispositions relatives à la réduction du prix de vente (2).

La décision vise l'impossibilité d'exécution de l'une des deux obligations d'un contrat synallagmatique causé par cas fortuit. Le Ta li yuan a décidé que la partie défaillante n'a pas le droit de demander à son co-contractant l'exécution de la contre-prestation, autrement dit ce dernier se trouve ainsi libéré de son obligation.

En vertu de cette décision, les risques se trouvent en cas de contrat de vente à la charge du débiteur. Supposons que le vendeur après avoir vendu la chose ne l'a pas livrée. La chose périt entre ses mains. Il ne pourra pas demander à l'acheteur de lui payer le prix de la chose.

On remarquera qu'il en est autrement en droit français

(1) *Code civil de la République de Chine*. Traduction française par M. Ho Tchong-chan.

(2) Déc. 2365-1915, Kouo Wei, p. 94, *Rec. des Somm.*, 458, p. 97.

lorsqu'il s'agit d'un contrat ayant pour objet le transfert de la propriété d'un corps certain. Aux termes de l'article 1138 le contrat de vente, en même temps qu'il transfère la propriété de la chose à l'acheteur, met la chose à ses risques. Dès lors, si la chose vendue et non livrée périt entre les mains du vendeur, celui-ci ne doit pas fournir à l'acheteur l'équivalent sous forme de dommages-intérêts puisque, par hypothèse, il n'était ni en faute ni en demeure. Mais conformément à la règle de l'article 1302 la perte fortuite de la chose ne met cependant pas obstacle à l'exigibilité de l'obligation de l'acheteur, celui-ci continuera à devoir le prix de la chose qu'il ne peut plus recevoir (1).

En cas d'inexécution partielle, la contre-prestation sera réduite proportionnellement. Si le risque était à la charge de l'acheteur, il ne pourrait être question de réduire sa prestation.

En cas d'inexécution par la faute du débiteur, le créancier est tenu de demander en justice la résolution du contrat et aura droit à la réparation du dommage causé par la résolution (2).

Lorsque l'inexécution est partielle et imputable à la faute du débiteur, le créancier a le droit de choix entre la réduction

(1) V. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, p. 82.

(2) Voir Déc. 429-1918, Kouo Wei, p. 25, *Rec. des Somm.*, 459, p. 27. Décision d'interprétation N° 1910-1925, Kouo Wei, 1, p. 1109. Voir *infra*, p. 132-133.

Il convient de remarquer que dans la décision d'interprétation N° 1910-1925, le Ta li yuan n'a pas pris en considération le caractère périssable des marchandises. Il semble que lorsqu'il s'agit de marchandises périssables, la jurisprudence, faute de texte à cet égard, devrait apporter une exception à la règle d'après laquelle la résolution du contrat doit être demandée en justice, et permettre au vendeur de revendre les marchandises avant qu'elles ne périssent.

tion et la résolution du contrat, si la partie susceptible d'exécution est sans intérêt pour lui (1).

En cas de retard dans l'exécution de l'une des deux obligations dans un contrat synallagmatique, le créancier de cette obligation est tenu de mettre d'abord son débiteur en demeure et de lui impartir un délai convenable. Ce n'est qu'à l'expiration de ce délai que le créancier aura le droit de demander la résolution du contrat.

Le débiteur est passible de dommages-intérêts : en cas d'inexécution, le débiteur est tenu à des dommages-intérêts dits compensatoires et en cas de retard de l'exécution, il est tenu à des dommages-intérêts moratoires.

L'institution des dommages-intérêts est introduite par la jurisprudence du Ta li yuan. L'ancien droit chinois n'a pas connu de dommages-intérêts. Le débiteur qui n'exécutait pas son obligation était puni de peine corporelle et devait restituer strictement ce qu'il avait reçu.

Le but du droit civil chinois moderne est d'assurer l'harmonie de l'ordre social dans l'idée de protection des intérêts privés. Un dommage causé doit être réparé dans la mesure du préjudice subi.

Le préjudice comporte deux éléments : la perte subie et le gain perdu. C'est ainsi qu'en a décidé le Ta li yuan.

(1) Déc. 1012-1915, Kouo Wei, p. 93, *Rec. des Somm.*, 460, p. 97.

CHAPITRE II

DES DÉLITS (CIVILS)

SECTION 1. — ANCIEN DROIT CHINOIS

§ 1. — NOTION DU DROIT DANS L'ANCIENNE CHINE L'OPPOSITION DU DROIT ET DE LA MORALE

Les divers délits et leurs sanctions ont fait l'objet d'une réglementation minutieuse par les codes dynastiques. Mais les dispositions de ces codes relevaient pour la plupart du droit pénal. Le caractère pénal des délits s'explique par la conception du droit dans l'ancienne Chine.

Le droit chinois semble avoir été dominé par deux idées maîtresses : celle de l'école confucéenne, qui considère l'homme comme essentiellement bon, porté au bien, *kiun tseu*, cette idée inspire surtout les philosophes ; et celle de l'école dite des légistes, qui considère, au contraire, l'homme comme foncièrement mauvais, *chou jen*, cette idée inspire surtout les juristes. Les philosophes de l'école confucéenne se contentaient de faire appel aux sentiments des gens en leur montrant la bonne voie et en leur faisant honte de leurs mauvaises actions. Les légistes, au contraire, estimaient que toute règle doit être sévèrement sanctionnée si l'on veut qu'elle soit respectée, et que la règle doit être minutieusement élaborée afin qu'il n'y ait aucune erreur possible sur son objet. Avec le triomphe de l'école confucéenne à partir de

l'époque des Song (960-1280), l'idée confucéenne a dominé toutes les branches de la vie sociale, et a été la source d'inspiration des législateurs et magistrats de tous les temps. Cette idée se trouve, d'ailleurs, dans les préfaces de tous les codes impériaux. Bien qu'idéaliste, l'école confucéenne était forcée de reconnaître la nécessité de la loi. Chen Kia-pen dans son article « De la loi » s'exprime ainsi : « Confucius disait, le Prince gouverne par la vérité (tao), assure la discipline par la loi, mais il enseigne par la vertu et les rites, par conséquent, dit Chen Kia-pen, le gouvernement n'est pas fondé uniquement sur la loi ; mais la loi est une nécessité qu'on ne peut supprimer. » (Chen Kia-pen, *Chen Ki-yi sien cheng yi chou*, Œuvres littéraires, vol. 5, livre 3. p. 41 a) (1).

Les anciens lettrés, par cela même qu'il leur fallait reconnaître la loi, se sont rapprochés de l'école des légistes et ont adopté certains de leurs principes.

Pour les lettrés, il importe que règne l'ordre social, car l'ordre social tel qu'il a été établi par les anciens, est considéré comme un ordre parfait, l'expression de l'ordre naturel : il est copié sur l'ordre naturel ; ainsi les mariages doivent plutôt avoir lieu au moment de la montée de la sève ; les exécutions à la fin de l'année. Tout trouble apporté à l'ordre social doit par interaction troubler l'ordre naturel, il est une infraction à la morale. Le *kiun tseu* (homme supérieur) et tout particulièrement le Prince, connaît l'ordre naturel : la loi naturelle étant mise par le Ciel dans le cœur de chaque homme. Ainsi l'ordre naturel conçu par les philosophes chinois est la résultante de l'observation des phénomènes de la nature et de l'introspection. Mais le *chou jen*, l'homme commun, l'ignore, il faut lui dire quel il est,

(1) V. Bibliographie, Chen Kia-pen.

et l'y ramener au besoin par des châtiments. C'est là le rôle du droit positif, discipline subordonnée à la philosophie et par là même inférieure (1).

Une telle conception de la loi a pour conséquence le caractère d'ordre public de la réglementation des délits dans l'ancien droit chinois : il appartient en effet au Prince, responsable de l'ordre naturel, de veiller à ce qu'il ne soit pas troublé.

L'idée de répression en matière de délits.

Toutes les fois où il y a infraction à une règle morale, l'ordre est troublé. Que ce soit un acte relevant du droit pénal ou du droit civil dans le sens moderne des termes, il faut que l'autorité publique manifeste sa protestation en infligeant un châtiment pour punir, pour empêcher que pareil acte ne se reproduise. D'où la conception objective de la responsabilité, dans l'ancien droit chinois (2). Par conséquent, il est impossible dans un tel système de droit, d'admettre le principe considéré en Europe depuis des siècles comme le principe essentiel de la science juridique pénale « *nulla pœna sine lege* ». Au contraire, l'ancien droit chinois s'inspirait du principe diamétralement opposé énoncé dans les codes dynastiques : « Celui qui aura fait ce qui ne doit pas être fait sera puni (Code des T'ang, livre 27 ; Code des Ts'ing, livre 34). » Il appartenait au magistrat guidé par sa conscience éclairée, connaissant la loi naturelle, d'apprécier le fait jugé comme troublant l'ordre, et de décider ce qui était conforme à la morale et ce qui ne l'était pas. Il n'y avait pas

(1) Cf. J. Escarra, *Le Droit chinois*, 1^{re} partie : Les notions fondamentales.

(2) V. J. Escarra, *op. cit.*, p. 78.

de distinction entre les délits publics et les délits privés : tout délit était public.

Sans doute, il convient d'observer que l'un des plus anciens des codes dynastiques, le code des T'ang (VII^e s. après J.-C.), avait implicitement opéré cette distinction, en exemptant de toute sanction pénale l'auteur du dommage par mégarde, qui demeurerait cependant obligé à la réparation du dommage.

Mais le principe même de la distinction ne fut pas dégagé, et les juges, en raison même de leur formation et de leurs conceptions plus philosophiques que juridiques, se reconnaissaient le droit en toute occasion d'infliger une peine à l'auteur du dommage s'ils estimaient cette sanction nécessaire en raison des circonstances de fait particulières à l'espèce.

Comme nous l'avons exposé dans le chapitre des contrats, on punissait celui qui avait manqué à son obligation contractuelle, car il avait troublé l'ordre. Toutefois, il ne semble pas qu'on soit allé jusqu'à permettre au magistrat de réprimer d'office le manquement à une obligation contractuelle. Cette différence entre la répression du délit pénal, dans le sens moderne du terme, et la sanction de l'inexécution du contrat, s'explique, croyons-nous, par la différence de fait entre les intérêts publics et les intérêts privés. C'est qu'en matière d'intérêts privés, à côté du principe « *yi* » (1), il y a le principe « *jang* », principe de conciliation (2). Si l'affaire n'était pas portée devant le magistrat c'est que le créancier avait renoncé à son droit de poursuivre. Le magistrat devait inciter les deux parties à des concessions réciproques ; il ne poursuivait pas d'office le contractant défaillant. C'est ainsi

(1) V. *infra*, p. 76.

(2) V. *infra*, p. 76.

que Confucius disait : « Quand j'entends un procès (civil) je fais, comme les autres, tout mon possible pour faire disparaître le litige. » Les anciens juges chinois, loin de poursuivre le contractant défaillant, essayaient avant tout d'aboutir à un accord entre les parties, comme font à l'heure actuelle les juges anglais.

Par contre, le fait même de porter la contestation en justice faisait toujours supposer la mauvaise volonté de la partie récalcitrante, d'où la peine infligée au débiteur qui n'exécutait pas son obligation.

§ 2. — LA CONCEPTION DE LA FAUTE DANS L'ANCIEN DROIT CHINOIS

Partant du caractère objectif de la responsabilité imposée à tout homme par l'obligation morale d'observer l'ordre établi, il y avait faute et obligation de réparer chaque fois qu'un dommage était causé. De là une conception objective de la faute d'imprudence.

La faute était désignée sous le terme *wou*, mégarde, inadvertance, erreur (1). Mais le terme *wou* ne semble pas avoir

(1) « Le fait de perdre (à dessein) ou de détruire les instruments et les choses d'autrui ; de couper les arbres et d'endommager les moissons d'autrui sera puni comme les larcins et les vols, moins toutefois la marque. Il y aura augmentation de 2 degrés s'il s'agit de biens du Gouvernement. L'auteur du dommage devra en tout cas rembourser la valeur à laquelle ils auront été estimés après examen. Si la perte des instruments et des choses et leur destruction n'a eu lieu que par inadvertance, la peine sera diminuée de 3 degrés pour les biens gouvernementaux ; pour les biens des particuliers on se contentera de compenser le dommage, sans subir de châtiment. »

« Celui qui détruira les instruments lapidaires et les animaux de pierre des tombeaux recevra 80 coups de gros bâton et la peine sera portée à 90 coups, s'il s'agit de la tablette d'un mort. »

« Lorsque quelqu'un détruira ou endommagera (à dessein) la mai-

été l'équivalent de l'expression « faute d'imprudence » du droit moderne. Dans l'expression « faute d'imprudence » du droit moderne il y a un élément psychologique. Pour imputer un fait à la faute de quelqu'un il faut que celui-ci ait le discernement de ses actes. C'est ainsi qu'en droit moderne l'enfant en bas âge et les déments sont irresponsables de leurs actes. La faute d'imprudence du droit moderne est une notion de faute subjective.

Le terme *wou* avait une signification particulière dans l'ancien droit chinois. L'expression de « dommage causé par mégarde » s'opposait à celle de « dommage causé avec l'intention de nuire ». C'était la *summa divisio* (1) dans l'ancien droit chinois en actes par *wou* et actes par *kou* (intention). Un dommage causé par *wou* (mégarde) ne supposait pas nécessairement que l'auteur des dommages avait commis une faute d'imprudence comme nous le comprenons. L'expression de dommage causé par mégarde signifiait simplement qu'il n'y avait pas dans l'acte dommageable d'intention malicieuse; cette distinction entre *wou* et *kou* présente un intérêt pratique quant à l'application des degrés des peines corporelles infligées à l'auteur du dommage; mais au point de vue de la réparation, elle ne jouait aucun rôle car le fait même

son ou le mur d'autrui, il sera puni comme en cas de malversation en proportion de la valeur de la chose endommagée et du prix de la main-d'œuvre (cette première peine étant de caractère afflictif : coups de bâton). L'auteur du dommage devra en outre rebâtir ou réparer l'immeuble en question. Cette peine sera augmentée de 2 degrés s'il s'agit de maison appartenant au Gouvernement. »

« En cas de dommage causé par inadvertance, l'auteur sera obligé de réparer le dommage sans subir de châtement. » (Code des Ts'ing, livre 9, Recensement, maisons et champs. V. P. Boulais, *op. cit.*, t. I, p. 250.)

Chen Kia-pen, *Recueil complémentaire des lois des Han*, vol. 6, livre 5,

(1) *Heou han chou*, livre 38, Bibliographie de Ko Kong, cité par p. 15 (b) et s.

du dommage avait troublé l'ordre, il fallait rétablir cet ordre. C'est ainsi que s'explique la responsabilité civile des enfants en bas âge et des vieillards qui étaient tenus de réparer le dommage causé (Code des T'ang, livre 4, lois générales ; Code des Ts'ing, livre 5, lois générales) (1).

Les causes d'exonération de la responsabilité.

Le caractère objectif de la faute dans l'ancien droit chinois par sa rigueur même a conduit le législateur impérial à prévoir dans la loi des causes d'exonération de responsabilité. Les causes d'exonération peuvent être ramenées aux trois cas suivants :

1° Faute de la victime. Au cas où le fait créateur du dommage a été provoqué par la faute de la victime, celle-ci n'avait pas droit à la réparation. Ainsi celui qui, frappant l'animal d'autrui sans raison valable, a été mordu par cet animal, n'a pas droit à l'indemnité (Code des Ts'ing, livre 21).

2° La légitime défense. L'auteur du dommage en cas de légitime défense était exempté de toute réparation dans les cas où l'on tuait ou blessait la personne qui pénétrait pendant la nuit dans le domicile d'autrui (2) ; où l'auteur du dommage défendait ses propres biens ou son honneur, où il défendait les biens et l'honneur de ses proches (3).

(1) Les enfants inconscients de leurs actes étaient par contre dispensés en cas de crime des peines corporelles. Mais ils n'étaient pas pour autant libérés de leur responsabilité pénale. Ils étaient obligés de verser de l'or pour racheter leur peine (système de rachat). Il en était de même pour les adultes, qui avaient commis involontairement un délit sanctionné par une peine corporelle, ils pouvaient racheter la peine en versant une somme d'argent. Le rachat profitait à l'origine au fisc. C'était donc une peine pécuniaire.

(2) Code des T'ang, livre 26 ; Code des Ts'ing, livre 25.

(3) Code des Ts'ing, livre 35.

3° L'incendie et l'inondation.

L'incendie involontaire et l'inondation dispensaient le gardien de la chose de toute responsabilité (1). En cas d'incendie involontaire, le locataire n'était pas responsable (2). Une disposition du Code des Ts'ing prévoit l'exonération du dépositaire, de sa responsabilité en cas de perte de la chose, dans un vol ou un brigandage (3). Cette disposition semble avoir été prise en considération par les magistrats impériaux en cas de responsabilité délictuelle ; de même, les dispositions partageant les responsabilités entre les parties dans certains contrats commerciaux et dans le *tien* (4) ont dû inspirer les magistrats pour rendre leurs décisions de compromis en matière de responsabilité délictuelle.

§ 3. — LA RÉPARATION DU DOMMAGE CAUSÉ
LA REMISE DES CHOSES EN ÉTAT

Le principe de l'ancien droit chinois étant le respect de l'ordre naturel, le but de la réparation imposée par le Prince était de rétablir toutes choses en l'état antérieur. Aussi la réparation fut-elle conçue comme une restitution *in integrum*. En effet, la disposition concernant notre matière dit expressément que l'auteur du dommage causé à la maison d'autrui est tenu de la reconstruire ou de la restaurer exactement comme elle était antérieurement.

Conformément au but de la réparation, la notion de dommage fut conçue d'une façon étroite : le dommage était nécessairement une atteinte matérielle à la chose. La notion

(1) Code des T'ang, livre 27 ; Code des Ts'ing, livre 34.

(2) Ordonnance de K'ien'long, *infra*, p. 176-177.

(3) V. *supra*, p. 26-27.

(4) Sur la notion du *tien* v. chapitre des sûretés, p. 102.

de dommage ne comprenait que ce qu'on appelait en droit romain le *dammum emergens* et non point le *lucrum cessans*. Pour restaurer l'ordre troublé il fallait faire disparaître les conséquences de l'acte dommageable ; il suffisait de remettre les choses en état. On n'est pas allé jusqu'à dégager la notion de préjudice subi par la victime, préjudice qui comprend la perte subie et le gain manqué. Sans doute, les anciens législateurs chinois avaient-ils cette idée que le geste malheureux devait être en partie supporté par la victime comme elle aurait supporté tout hasard néfaste, et il ne fallait pas qu'elle pût en tirer un avantage si légitime fût-il.

En cas de mort et de blessure, la remise en état était impossible. Mais le Prince devait manifester sa volonté pour assurer la justice, contre l'ordre troublé. L'idée d'une réparation pécuniaire de la douleur physique et morale était étrangère à l'ancien droit chinois. Elle semblait trop choquante aux anciens moralistes chinois : comment une somme d'argent peut-elle consoler d'une injure ou de la perte d'une personne chère. L'idée même de la réparation pécuniaire d'une souffrance morale ne devait pas être envisagée. En effet le Code des T'ang ne contient aucune disposition exécutive à ce mode de réparation.

L'idée de réparation pécuniaire en cas de mort ou de blessure fut introduite, dans le droit chinois, par le droit mongol (1), la dynastie mongole ayant régné en Chine de 1280 à 1368 entre les deux dynasties : Song et Ming. Le droit mongol a connu l'idée de réparation pécuniaire des douleurs physiques et morales (2). En cas d'homicide et de bles-

(1) Voir l'ouvrage de Sie Yun-cheng, *T'ang ming lu ho pien*. Etude comparative de lois de T'ang et des Ming, vol. 5, livre 18, p. 25 (b).

(2) *Yuan-che, Hing fa tche*, section III, chap. 105, *cha chang*.

sure le meurtrier ou l'agresseur était obligé, aux termes des lois des Yuan de payer à la victime ou à la famille de la victime à titre d'indemnité une somme d'argent déterminée par la loi (1).

Après la dynastie mongole, les Codes des Ming et des Ts'ing ont reproduit ces dispositions, mais les législateurs chinois ont eu soin de mentionner que l'indemnité était prescrite pour les frais funéraires ou les frais médicaux, ce qui excluait toute idée de réparation pécuniaire des souffrances physiques et morales. L'indemnité pour les frais funéraires et frais médicaux était fixée par la loi d'une façon forfaitaire.

On pourrait croire que l'idée de réparation pécuniaire a son origine dans le système du rachat pénal qui a fini par profiter à la victime, étant ainsi devenue pratiquement de peine pécuniaire une véritable indemnité. Cependant il n'en est point ainsi.

Les textes relatifs au système du rachat témoignent que l'idée directrice du système de rachat était toujours l'idée de peine. Ainsi Ma Jong, commentateur des lois des Han, ayant vécu au II^e siècle après J.-C., écrivait : « L'intention est bonne, le résultat est mauvais, l'auteur de l'acte est tenu de verser de l'or pour racheter la peine. C'est une punition de l'imprudence. » Quinze siècles après, Kiang Cheng (2), auteur de l'époque des Ts'ing, reprend l'explication de Ma Jong : « L'intention est bonne, le résultat est mauvais, le résultat c'est l'acte. C'est qu'on peut blesser autrui ou lui nuire sans mauvaise intention par simple imprudence. Dans ce cas, laisser aller l'auteur de l'acte, c'est laisser l'acte sans

(1) *Yuan che*, chap. 105 ; *Hing fa tche*, section LIII ; *Hing fa*, 4, p. 2 (b). Édition de la 4^e année de K'ien-long (1739).

(2) Kiang Cheng vécut en 1721-1799.

répression ; punir (de peine corporelle) serait outre-passer la loi, mais faire verser de l'or à titre de rachat, est la juste punition de l'imprudence (1). »

A l'époque où écrivait Kiang Cheng, le rachat était attribué à la victime. Néanmoins, l'auteur voyait toujours une peine dans le rachat.

Il ne semble donc pas qu'on puisse voir dans le système du rachat, l'origine de la réparation pécuniaire dans l'ancien droit chinois. Bien au contraire, l'attribution à la famille de la victime, du montant du rachat de la peine, paraît être due à l'influence de l'idée de réparation pécuniaire. A l'origine en effet, le rachat profitait au fisc et c'est seulement à partir de la dynastie des Ming (1368-1644), qu'il fut attribué à la famille de la victime, alors que le principe de la réparation pécuniaire en cas de blessure, était déjà apparue en Chine sous l'influence du droit mongol, à l'époque des Yuan (1280-1368).

Ainsi dans l'ancien droit chinois la réparation du dommage causé présentait un caractère mixte : à la fois pénal et civil, conséquence de la prédominance de la règle morale.

SECTION II. — JURISPRUDENCE DU TA LI YUAN

§ 1. — PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

La jurisprudence du Ta li yuan s'inspirant de l'article 50 du Projet de code de 1911, fait triompher le principe de l'individualisme. Elle reconnaît les droits subjectifs des

(1) Ces textes sont cités dans Chen Kia-pen *Li tai hing fa k'ao*, Recherches sur les lois pénales des anciennes dynasties ; Recherches analytiques sur la pénalité, vol. 6, livre 16, p. 1 (a).

citoyens : droit à la liberté, à la vie et à la propriété ; et elle en assure la protection, par les principes dégagés par elle (1). Une distinction entre le droit pénal et le droit civil est réalisée par les réformes juridiques ; l'article 10 du Code pénal provisoire, en vue de mieux protéger la liberté individuelle, énonce le principe : « Il n'y a pas de délit sans texte. » La responsabilité pénale est distincte et limitée. Il en est autrement en matière civile. Toutes les fois qu'une personne par sa faute a causé à autrui un dommage, elle est obligée de réparer. La responsabilité pénale est dans chaque cas fondée sur un texte formel, alors que la responsabilité civile a pour fondement une obligation générale de réparer. La décision d'interprétation N° 758 (2) est ainsi conçue : « L'acte commis par A, à défaut de texte, ne constitue pas un délit mais le dommage subi par B du fait qu'il n'a pu cultiver son champ peut donner lieu à une demande en réparation. » En d'autres termes lorsqu'un acte ne constitue pas un délit pénal, faute de texte, il y aura délit civil, si cet acte a causé un dommage à autrui. La décision transforme profondément le droit chinois : elle détermine le délit pénal, elle protège l'individu, car on ne peut plus lui infliger une peine selon la fantaisie de l'inspiration du magistrat, et elle prononce la règle de la responsabilité civile en cas de dommage causé à autrui. Mais dans quel cas y a-t-il responsabilité civile ? Quelles sont les conditions nécessaires pour qu'un acte constitue un délit civil et donne droit à la victime de poursuivre l'auteur du dommage en réparation ?

(1) V. Déc. 1-1914 ; 1023-1913 ; 2336-1915, Kouo Wei, p. 147, 148, 149, *Rec. des Somm.*, 875, 876, 877, p. 188-190 ; *Rec. des Somm.*, note 93, p. 189-190.

(2) V. *infra*, p. 135.

§ 2. — ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DÉLIT CIVIL

1° *Faute*. — Le délit civil du droit moderne est fondé sur l'idée de faute subjective de l'auteur du dommage. C'est la faute qui crée la responsabilité civile et non pas le dommage; en raison du critérium subjectif de la faute, les incapables ne doivent pas être tenus pour responsables de leurs actes dommageables. Ainsi contrairement à l'ancien droit chinois, si l'auteur de l'acte dommageable est une personne incapable qui n'a pas de discernement, ou une personne qui, au moment de l'acte se trouvait dans un état de démence, elle n'est pas responsable du dommage causé (Déc. 1212, K. W. p. 152). Cette décision a servi de base à l'article 187 du nouveau Code civil chinois.

« Quiconque, volontairement ou par faute, cause une atteinte illégale au droit d'autrui est tenu à la réparation du préjudice, déclare la décision 1011-1914 (1) ». Cette formule distingue la faute d'intention, dol civil, et la faute d'imprudence. Le dol civil, s'il n'est pas qualifié de délit pénal par un texte formel, ne constitue pas un délit pénal et n'engendre qu'une responsabilité civile. Le droit chinois tend à assimiler le dol civil à la faute d'imprudence. La jurisprudence du Ta li yuan n'indique pas comment apprécier la faute d'imprudence. Peut-être pouvons-nous retenir la décision contentieuse 288-1915 (Kouo Wei, p. 106), bien qu'elle soit relative à la faute contractuelle; elle déclare que cette faute s'apprécie *in abstracto* : par référence au type abstrait du bon administrateur. La Cour Suprême de Nankin est plus précise sur ce point. « Celui qui, par sa faute, cause atteinte illégale au

(1) Déc. 1011-1914, Kouo Wei, p. 148, *Rec. des Somm.*, 841, p. 177.

droit d'autrui est tenu de réparer le préjudice causé. Pour apprécier la faute on doit se référer au type abstrait de bon administrateur. Si l'auteur de l'acte n'a pas manqué à la diligence du bon administrateur, il n'est pas en faute (1). »

Causes d'exonération de la responsabilité.

Alors que dans l'ancien droit, les causes d'exonération de la responsabilité se trouvaient énumérées d'une manière précise et limitative, le droit moderne ne connaît que les expressions très larges de cas fortuit et de force majeure, qui n'ont pas encore été précisées.

Il convient d'indiquer cependant que le Ta li yuan n'a pas admis toutes les causes d'exonération établies par l'ancien droit chinois. C'est ainsi que dans le cas d'incendie d'un immeuble dû à l'imprudence du propriétaire, l'ancien droit considérait le fait même de l'incendie comme exonérant l'auteur de toute responsabilité, alors que le Ta li yuan déclare l'auteur de l'incendie responsable en cas de faute lourde. La décision d'interprétation n° 1258 est intéressante (2). Il s'agit d'un propriétaire qui a mis le feu à l'immeuble. L'incendie a détruit la maison et le mobilier du propriétaire et du locataire ; celui-ci a intenté contre le propriétaire une action en dommages-intérêts.

Après de longues discussions des parties les juges du Ta li yuan ont décidé de distinguer trois degrés de faute afin de pouvoir condamner l'auteur de l'incendie pour avoir commis une faute lourde. C'est là une décision de caractère exceptionnel donnant une solution de transition.

(1) Déc. 2746-1930, *Tsouei kao fa yuan p'an li yao tche*, p. 22.

(2) V. *infra*, p. 138, décision n° 1258.

2° *Préjudice*. — Le principe de la responsabilité civile étant dégagé, ce qui guide le juge chinois moderne, c'est la nécessité de réparer tout dommage. La notion de dommage en droit moderne est infiniment plus large que celle de l'ancien droit chinois ; comprenant à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. Cette conception assure d'une façon plus complète la réparation du dommage.

On admet la réparation du préjudice moral, ainsi qu'en témoigne la décision d'interprétation N° 1287 : il s'agit d'un ancien *wou kiu*, fonctionnaire militaire de l'ancien régime, lésé dans sa réputation professionnelle, par la négligence des auteurs des *Annales du District*. Sous l'empire de l'ancien droit, le magistrat aurait infligé une peine aux auteurs coupables des *Annales* et par là aurait satisfait moralement le *wou kiu* lésé. Mais le Ta li yuan a décidé que la négligence de l'auteur des *Annales du District* ne constituait pas un délit public, par contre il a autorisé le *wou kiu* à intenter une action en dommages-intérêts en réparation du préjudice causé à sa réputation (1).

De même le Ta li yuan a autorisé la réparation pécuniaire du *pretium doloris*. Mais dans ce cas le pouvoir d'appréciation était réservé au juge (2).

Cette conception très large de la réparation semble avoir été au début, étrangère à la mentalité chinoise ; il semble qu'on ait tenté de lier l'idée de réparation à celle d'enrichissement sans cause de l'auteur du dommage, puisque le Ta li yuan a dû déclarer expressément « la question de savoir si l'auteur du délit a retiré ou non un bénéfice de son acte n'a aucune influence sur la responsabilité (6-1916). »

(1) V. *infra*, p. 142.

(2) Déc. 4-1915, Kouo Wei, p. 148, *Rec. des Somm.*, 7850, p. 178 ; 42-1916, Kouo Wei, p. 150, *Rec. des Somm.*, 851, p. 178 ; 26-1918, Kouo Wei, p. 151, p. 151, *Rec. des Somm.*, 852, p. 178.

3° *Rapport de causalité entre la faute et le dommage.* — Pour qu'il y ait réparation il ne suffit pas d'un dommage et d'un acte fautif. Il faut qu'il y ait un rapport de causalité entre l'acte fautif et le dommage causé, en d'autres termes il faut que le préjudice subi par la victime soit la conséquence directe de l'acte commis (1). Cependant la notion de dommage direct était pour les juges du Ta li yuan assez peu précise comme le témoigne la décision, n° 758, où le Ta li yuan ordonne la réparation du préjudice indirect résultant du fait qu'un champ a été laissé en friche alors que le préjudice direct eût été, à notre avis, par exemple, le fait qu'un animal de labour se fût blessé aux épines qui jonchaient la terre (2).

§ 3. — DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI

I. — *Ancien droit chinois.*

L'idée de la responsabilité du fait d'autrui était connue de l'ancien droit chinois. Elle existe d'abord en droit pénal, sous la forme de la responsabilité collective.

Le *Che-ki*, Mémoires historiques, cite les lois de Chang Yang (3), lois qui constituaient des groupes de familles afin de les rendre responsables solidairement en cas de délit. On trouve des traces de la responsabilité collective dans les dispositions des codes dynastiques en vertu desquelles, pour certains délits très graves, étaient punis non seulement le

(1) V. Déc. d'interprétation, n° 787, Index, p. 136 ; Déc. 4-1915, Kouo Wei, p. 148, *Rec. des Somm.*, 842, p. 177.

(2) V. *infra*, p. 135-136.

(3) Chang Yang, ministre du duc Hiao de Ts'in, mort en 338 av. J.-C. *Che ki*, chap. 68, p. 2 (a).

délinquant, mais encore toute sa famille. La responsabilité collective était une aggravation de peine.

La responsabilité du fait d'autrui en matière civile était fondée sur les idées de solidarité et d'autorité et résultait du lien familial et du lien de fonctionnaire à sujet, s'agissant d'un fonctionnaire dirigeant une unité administrative locale tel un préfet délégué de l'Empereur. Ainsi le père de famille répondait du dommage causé par un des membres subordonnés de la famille. Cette responsabilité résultait du jeu des principes du droit de famille dans notre ancien droit : d'une part, le père de famille était seul propriétaire des biens de famille, et, d'autre part, les enfants en bas âge, comme nous l'avons vu, étaient obligés de réparer le dommage causé. De même le fonctionnaire était tenu pour responsable civilement en cas de vol commis par un de ses administrés à condition qu'on ait trouvé le coupable sans pouvoir obtenir la restitution de la chose volée (Code des Ts'ing, livre 5). Le fonctionnaire étant considéré dans l'ancienne Chine, comme père du peuple dont il était chef, les rapports entre lui et son peuple étaient calqués sur ceux existant entre le père de famille et les membres subordonnés de la famille. La responsabilité du fonctionnaire du fait de son sujet est fondée sur les mêmes idées de solidarité et d'autorité que la responsabilité du père de famille du fait des membres subordonnés.

De la responsabilité du fait des animaux.

L'ancien droit chinois a connu un cas où la loi déclarait responsable le propriétaire de l'animal qui avait mordu le passant. Il y a là semble-t-il, idée de présomption de faute du propriétaire d'avoir mal surveillé son animal. Toutefois, le propriétaire pouvait échapper à sa responsabilité s'il pouvait

démontrer que la victime avait provoqué l'accident en frappant l'animal (1).

II. — *La Jurisprudence du Ta li yuan.*

Avec les réformes juridiques, la société patriarcale de la Chine antique se transforme en une société moderne, régie non plus par des règles morales, mais par des règles juridiques. La vie sociale et la vie de famille se trouvent modifiées ; les rapports entre les particuliers deviennent plus complexes. Les individus s'unissent par des liens juridiques formant des collectivités qui se présentent au regard des tiers comme des groupes organisés. Ces rapports peuvent être aussi établis entre deux personnes d'une façon accidentelle, par voie de convention, de sorte que l'une se trouve, dans une certaine mesure, dépendante de l'autre. Le cercle des personnes qui répondent du fait d'autrui s'élargit, il n'est plus limité à la solidarité domestique. Mais d'autre part, la conception moderne des fonctions publiques modifie le rôle du fonctionnaire ; celui-ci n'est plus considéré comme un père du peuple, il ne répond plus du délit causé par ses administrés.

Le fondement même de la responsabilité du fait d'autrui, en droit chinois moderne, se trouve modifié. En raison de l'idée de faute subjective en matière de responsabilité civile, le Ta li yuan est nécessairement conduit à rejeter sur ce point les idées de solidarité et d'autorité. Pour rendre quelqu'un responsable du fait d'autrui elles exigent une faute personnelle du répondant. Dès lors, il ne peut y avoir de personnes responsables pour autrui que celles qui ont la charge de surveiller autrui et qui peuvent négliger le devoir

(1) V. *supra*, p. 61.

de surveillance. Il en résulte qu'en droit chinois moderne, la victime doit prouver le défaut de surveillance du père ou de toute personne chargée de surveiller l'incapable, et démontrer le rapport de causalité entre le dommage causé et le défaut de surveillance ; alors que dans l'ancien droit, il suffisait à la victime de démontrer le dommage causé par l'enfant pour engager la responsabilité du père.

Le Ta li yuan n'a pas rendu de décisions concernant la responsabilité du fait des choses et des animaux. Les rédacteurs du nouveau Code civil chinois, inspirés des idées générales en matière de responsabilité civile, ont fondé les articles 190 et 191 concernant la responsabilité du fait des animaux et des choses, sur l'idée de faute personnelle du propriétaire ou du possesseur.

CHAPITRE III

DE LA NOTION D'OBLIGATION

SECTION I. — ANCIEN DROIT CHINOIS

§ 1. — ABSENCE DE NOTION D'OBLIGATION JURIDIQUE.

L'ancien droit chinois n'a pas dégagé la notion juridique d'obligation. Dans le Code des Ts'ing, le terme *tchai*, employé actuellement pour désigner l'obligation, avait un sens concret notamment celui de dette pécuniaire. C'est cette définition qu'on donne encore à ce terme dans le dictionnaire chinois moderne *Ts'eu guan*, qui date de 1915. Le terme *tchai* s'écrit avec le signe *tsö* qui signifie réprimander, demander avec insistance et la clé *jén* qui signifie l'homme (1). A l'origine on employait le terme *tsö* pour désigner le prêt (2).

(1) *Chouo wen kiai tseu kou lin*, p. 2766 (b).

(2) Dans le *Tcheou li* on rencontre le terme *tsö* employé tantôt avec le signe *yeou* (avoir), *yeou tsö*, tantôt avec le signe *chou* (annexe), *chou tsö*, et enfin avec le signe *tch'eng* (peser, déclarer), *tch'eng tsö*. L'expression *yeou tsö* semble signifier — les commentateurs sont d'accord sur ce point — les parties liées par le prêt (v. *Tcheou li*, livre 36, p. 30 (b), 31 (a) ; livre 3, p. 6 (b), 7, 8, 9, 10 (a). Le texte ainsi visé du *Tcheou li* concerne les fonctions du prévôt : en cas de *yeou tsö*, dit le texte, le prévôt devait statuer d'après l'acte écrit ; en cas *chou tsö*, le prévôt devait consulter les voisins. Les opinions des commentateurs sur l'expression *chou tsö* sont

Etymologiquement, le terme *tsö* signifie, comme il a été exposé plus haut, demander avec insistance. Or, lorsqu'une personne a le droit de demander à une autre avec insistance, cela fait supposer qu'il y a entre les deux personnes un rapport juridique en vertu duquel la personne qui demande, a le droit de le faire. C'est le trait caractéristique de l'obligation avec le corollaire de la contrainte par la force publique, en droit moderne. Il semble qu'on soit en présence d'une notion primitive d'obligation juridique. Mais les commentateurs des lois et des auteurs classiques n'ont pas dégagé le rapport juridique qui est à la base des termes *tchai* et *tsö*. Ils ont préféré illustrer le contenu de ces termes par l'exemple concret du prêt.

partagées. La nécessité du témoignage des voisins dans les affaires désignées sous l'expression *chou tsö* fait dire à Tch'eng Sseu-nong (Commentateur des auteurs classiques, qui vécut à l'époque des Han Postérieurs, sous le règne de Yung-p'ing, 56-72 après J.-C.) qu'il s'agit ici des litiges relatifs aux terrains (v. *Tcheou li*, livre 36, p. 3 (a), 30 (b), notes de Tch'eng Sseu-nong. Le commentateur Tch'eng Hiuan, qui vécut à l'époque des Han Postérieurs, sous le règne Yung k'ien. 126-131, voyait dans l'expression *chou tsö* une dette existant non pas entre les auteurs mêmes de la convention, mais entre les personnes à qui la dette était transmise par un moyen quelconque. Le commentaire de Tch'eng Hiuan nous semble mieux correspondre au vrai sens de l'expression. Le terme *tsö* est employé ailleurs avec le signe *tch'eng* (*Tcheou li*, livre 3, p. 6 (b), 7, 8, 9, 10 (a)). Pour Tch'eng Sseu-nong l'expression *tch'eng tsö* signifiait simplement le prêt d'argent; tandis que le commentateur Kia Kong-yen (haut fonctionnaire de l'époque Yung houei, 650-655, de la dynastie des T'ang) voyait dans cette expression le prêt à intérêt dont toutes les conditions étaient fixées du consentement mutuel des parties (*Tcheou li*, livre 3, p. (b) 7, 8, 9, 10 (a)). D'après le *Chou wen* la clé *jen* fut ajoutée au terme *tsö* par le commentateur Tch'eng-Hiuan; le nouveau terme se lit *tchai* et désigne la dette pécuniaire et avec cette signification il figure dans les codes dynastiques. Quant au terme *tsö* on l'emploie actuellement comme verbe réprimander; il désigne également la responsabilité.

La notion d'obligation morale yi.

Mais la langue chinoise connaît la notion d'obligation morale qui est le principe *yi* (1). Le *yi* est une notion d'obligation morale, devoir de conscience de traiter les hommes et les choses avec loyauté, avec désintéressement et justice. Un commentateur des auteurs classiques donne cette définition du principe *yi* : le *yi* est ce que nous exigeons de nous-même, alors que le *jen* (amour universel) est ce que nous devons témoigner aux autres (2). Ainsi le *yi* est une notion de devoir de conscience, notion qui plane au-dessus de toutes et qui doit régir tous nos rapports avec autrui. Mencius, disciple et continuateur de Confucius, à la question qui lui a été posée par le roi Houei de Leang : « Quel profit votre visite apportera-t-elle à mon royaume ? », répondit : « Pourquoi parlez-vous du profit, il n'y a que *yi*. »

Les anciens moralistes plaçaient ce principe *yi* infiniment plus haut que l'obligation purement juridique. Devant le principe *yi*, celui qui a le droit doit céder, d'où le principe *jang*, céder, concéder en matière juridique (3). Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un devoir de conscience, il n'y a pas de concessions possibles, selon la maxime confucéenne : « devant le *jen*, pas de concession » *tang jen pou jang*.

Malgré le caractère philosophique de ces principes, il faut

(1) La notion *yi* est difficile à traduire exactement. S. J. Couvreur l'explique par l'expression : « vertu qui rend à chacun ce qui lui est dû. »

M. Escarra, dans son ouvrage *Le Droit Chinois*, traduit le terme par les expressions : justice, équité, sentiments des relations sociales (J. Escarra, *op. cit.*, p. 17 et 47).

(2) *Chouo wen kiai tseu kou lin*, 5704-7, commentaire de Tong tseu.

(3) V. J. Escarra, *op. cit.*, p. 17, 47.

les prendre en considération si l'on veut pénétrer l'esprit de l'ancien droit chinois, car les anciens législateurs étaient avant tout des lettrés imbus de ces idées philosophiques. Ils n'ont jamais pu concevoir un droit ayant une existence indépendante de la morale. Ils mêlaient les notions morales et les règles juridiques : la morale étant la base et le droit étant la sanction (1).

La notion *yi* domine tout le droit chinois, exactement comme la notion de juste contre-partie et d'enrichissement domine les droits européens. Ainsi le contrat de prêt, dans l'ancien droit chinois était imprégné du principe *yi* (2) : le prêt ne doit pas être consenti dans un but lucratif, ce serait contraire à la notion *yi*, d'où l'interdiction de stipuler un intérêt trop élevé. Mais le prêt n'est pas gratuit car le prêteur en prêtant fait un sacrifice, il perd un certain avantage matériel, aussi est-il équitable, conformément au principe *yi*, qu'il reçoive un intérêt modéré. Le débiteur n'est pas seulement obligé d'effectuer le paiement de sa dette et des intérêts, il est encore tenu moralement de payer sa dette avec exactitude en reconnaissance du service qui lui a été rendu par le prêteur selon le principe *yi*.

§ 2. — CONSÉQUENCES DE LA SUPÉRIORITÉ
DE LA NOTION D'OBLIGATION MORALE
SUR LA NOTION D'OBLIGATION JURIDIQUE

L'emprise de la notion d'obligation morale sur celle d'obligation juridique a pour conséquence que dans l'ancien droit

(1) J. Escarra, *op. cit.*, p. 70.

(2) Code des Ts'ing, livre 14 (Prêt et interdiction de stipuler l'intérêt excessif. V. P. Boulais, t. I, p. 338).

chinois il n'y avait pas de distinction entre l'obligation civile et l'obligation naturelle. Toute obligation juridique ou d'ordre moral pouvait recevoir sanction en vertu du principe *yi*. Ainsi dans un groupe familial les dettes de l'un des membres, contractuelles ou délictuelles, engageaient automatiquement tous les autres membres. Car du principe *yi*, qui régissait tous les rapports entre les membres d'un même groupe, les engagements pris par l'un des membres devaient être supportés par les autres. C'est donc le principe *yi* qui est le fondement de la solidarité chinoise, non seulement dans la famille, mais aussi dans les clans et autres groupements. C'est ainsi que souvent une personne, la caution ou le groupe tout entier se portait fort, se trouvant engagé solidairement avec le débiteur principal. Ainsi cette conception très large de l'obligation englobant tous les devoirs moraux devait avoir pour conséquence d'atténuer le caractère personnel du droit de créance.

Elle devait avoir également pour conséquence l'absence de l'institution de la prescription extinctive des obligations : moralement, l'engagement pris devait peser perpétuellement sur le débiteur et ses héritiers, quelle que fût la durée de la dette. En d'autres termes, le droit de créance dans l'ancien droit chinois n'avait pas non plus le caractère temporaire. Ce caractère perpétuel de l'engagement pris pouvait être atténué, dans certains cas, par le manque de preuve. Mais c'était là une position pratique, le principe du droit n'en était pas entamé.

SECTION II. — LA JURISPRUDENCE DU TA LI YUAN

§ 1. — NOTION D'OBLIGATION
ET CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE L'OBLIGATION
DÉGAGÉS PAR LE TA LI YUAN.

La jurisprudence du Ta li yuan n'a pas dégagé la notion d'obligation et n'en a pas donné de définition. Les décisions du Ta li yuan se bornent à employer les termes : *tchai k'iu*, droit de créance, et *tchai wou*, obligation à une dette. Expressions descriptives de l'obligation, tantôt à l'égard du créancier, tantôt à l'égard du débiteur.

C'est aux rédacteurs du Code civil chinois qu'appartient le mérite d'avoir dégagé la notion d'obligation. Le II^e livre du nouveau Code civil chinois est intitulé *tchai*, sans que le terme soit accompagné du caractère *k'iu*, droit, ou du caractère *wou*, engagement. L'exposé des motifs explique la terminologie : le *tchai* étant applicable à la fois au droit de créance et à la dette, correspond mieux à l'esprit de la loi, qui a pour but de protéger tant l'intérêt du créancier que l'intérêt du débiteur.

D'après cette terminologie du Code civil, la doctrine chinoise moderne définit ainsi le *tchai* : « Le *tchai* est un rapport juridique entre des personnes déterminées, en vertu duquel l'une a le droit de contraindre l'autre à accomplir un certain acte et l'autre est tenue d'accomplir cet acte (1). »

Il résulte de cette définition que l'obligation est un lien de droit strictement limité à des personnes déterminées. Cepen-

(1) Hong Wen-lan, *Manuel du droit civil pratique*, livre 2, chapitre des Obligations, page 1 (a).

dant, si la définition même de l'obligation n'est pas l'œuvre du Ta li yuan, néanmoins elle a été préparée par une série de décisions de cette Cour. C'est ainsi qu'un certain nombre de décisions condamnent la règle coutumière, d'après laquelle les dettes du chef de famille, du frère aîné, engageaient automatiquement les membres subordonnés ou les frères cadets (Déc. 13-1914, Kouo Wei, p. 64 ; 531-1919, Kouo Wei, p. 71 ; *Rec. des Somm.*, 237, p. 57. Déc. d'interprétation, N° 943, v. *infra*, p. 133).

En matière de cautionnement une série de décisions dégagant le caractère subsidiaire de l'obligation contractée par la caution, sans doute la caution peut s'engager solidairement par une clause expresse. Mais au cas où la caution n'a pas fait à cet égard de stipulation expresse, le créancier doit, à l'échéance, tout d'abord poursuivre le débiteur principal.

Par contre, si la caution s'est engagée en son nom personnel pour le compte du débiteur principal, elle sera obligée de répondre de son engagement, sans pouvoir invoquer contre le créancier, l'exception résultant du fait que le prêt ne lui a pas profité. Cette solution du Ta li yuan est rigoureuse pour la caution, mais elle est conforme au principe de la liberté contractuelle adopté par la jurisprudence moderne ; le magistrat de l'ancien droit aurait adopté une solution contraire : il aurait dispensé la caution de son engagement pour cette raison que l'argent ne lui avait pas profité. Ainsi nous avons l'occasion de voir d'un seul coup d'œil le chemin parcouru par les juristes chinois et la différence fondamentale entre l'ancienne et la nouvelle conception (1).

(1) Déc. 379-1914, K. W., p. 65, *Rec. des Somm.* 240, p. 58 ; déc. 667-1917, K. W., p. 72, *Rec. des Somm.* 241, p. 58 ; déc. 514-1918, K. W., p. 74, *Rec. des Somm.* 242, p. 58

§ 2. — LA BONNE FOI DANS L'EXÉCUTION DES OBLIGATIONS.

« L'exercice des droits et l'exécution des obligations doivent être conformes aux exigences de la bonne foi » (Déc. 32-1915, Kouo Wei, p. 50). L'expression de bonne foi est désignée sous les signes *tch'eng* et *che* qui, employés séparément, signifient la sincérité et l'honnêteté, employés ensemble, la loyauté. C'est la bonne foi objective.

Aux termes de la décision précitée, la bonne foi est exigée dans l'exécution des obligations tant en matière de responsabilité contractuelle qu'en matière de responsabilité délictuelle. En matière de contrats, la bonne foi signifie la loyauté dans l'exécution des engagements pris aux termes d'une convention dont les conditions sont librement débattues entre les parties. La bonne foi exige des contractants le respect des engagements pris ; elle commande aux parties de s'abstenir de toute ruse ou procédés malhonnêtes.

En matière de responsabilité délictuelle, il s'agit de l'obligation de ne pas nuire à autrui, à laquelle l'homme est tenu envers ses semblables.

Ainsi l'expression *tch'eng che* du droit moderne chinois a un caractère objectif. Certes, l'expression est composée toujours des signes *tch'eng che*, le *tc'heng* signifiant la sincérité, élément d'ordre psychologique. Mais pour déterminer si le créancier ou le débiteur a agi avec bonne foi ou non, la notion de loyauté offre un criterium objectif. Il ne s'agit plus de scruter la conscience du débiteur, mais ce qu'il faut rechercher c'est si le débiteur a observé les engagements pris et si, dans l'exécution de ses engagements, il a agi conformément à l'usage des gens honnêtes.

Le criterium objectif de la loyauté présente l'intérêt de la

notion de bonne foi de droit moderne. D'une part, la bonne foi n'exige pas un esprit supérieur toujours prêt à faire des sacrifices en vertu du principe *yi* et d'autre part, la bonne foi exige un certain niveau d'honnêteté et de confiance qui est à la base des bonnes relations juridiques. Elle ne peut être déterminée que suivant des considérations extérieures aux parties, plus stables et plus accessibles que leurs consciences individuelles.

Par la notion de bonne foi, les obligations du droit moderne se dégagent de la morale. Il est à remarquer qu'en droit occidental, la bonne foi est une notion par laquelle la morale s'introduit dans le droit, alors qu'en droit chinois il semble que par la notion de bonne foi, on s'évade de la morale pour pénétrer dans le domaine du droit.

Cependant, dans nombre de décisions du Ta li yuan, relatives au paiement de dettes d'argent, le respect du principe *yi* subsiste.

§ 3. — INFLUENCE DU PRINCIPE YI SUR LA JURISPRUDENCE DU TA LI YUAN.

En matière de dettes d'argent, dans le cas où, au moment du paiement, il existe dans le pays plusieurs monnaies ayant cours légal, le paiement doit s'effectuer avec la monnaie qu'a choisie le débiteur (Déc. 1227-1911, Kouo Wei, p. 58. *Rec. des Somm.*, 208, p. 52.), à défaut de convention à cet égard entre les parties. C'est le principe de l'obligation alternative (v. *supra*, p. 12).

Mais au moment où statuait le Ta li yuan, le système monétaire en Chine était dans un état chaotique (1).

(1) Sous l'Empire, la monnaie métallique comprenait les lingots

A la fin de l'Empire, la situation économique de la Chine fut ébranlée par les guerres avec les puissances. La Révolution n'a fait qu'achever la crise. Les banques privées ont abusé de leur droit d'émettre des billets. Le résultat fut que les différentes espèces de billets gouvernementaux et privés se multiplièrent ; ils apparaissaient, se dépréciaient avec une vitesse incroyable et disparaissaient.

Dans ces conditions, l'application de la règle d'après laquelle il appartenait au débiteur de choisir la monnaie de paiement, donnait des solutions incompatibles avec la mentalité des juges du Ta li yuan. Le débiteur choisissait naturellement la monnaie dont le cours lui était favorable. Si l'écart entre la valeur de la monnaie métallique et celle du papier-monnaie, dû à la dépréciation de ce dernier, était considérable, le créancier tenu d'accepter le montant du prêt en papier-monnaie, supportait de ce fait de grosses pertes. Les juges du Ta li yuan étaient encore pénétrés des idées de l'ancien droit chinois, considérant le prêt comme un con-

d'argent et les sapèques de cuivre. En raison de l'inconvénient du poids, il fallut introduire dans le pays la monnaie représentative, le papier-monnaie. Le système du papier-monnaie remonte à l'époque des T'ang (v. *T'ou chou tsi tch'eng, Recueil des documents économiques, Section des vivres et des marchandises, Théorie générale de la monnaie de cuivre et du papier-monnaie* (chap. 335 p. 16). Mais à l'origine, ce n'étaient que des sortes de chèques qui remplaçaient conventionnellement la monnaie métallique.

L'abus du papier-monnaie a contribué à la chute des deux dynasties, Yuan et Ming. Sous les Ts'ing, on a eu également l'idée d'émettre des billets de banque. Mais instruits par l'exemple néfaste des dynasties précédentes, les Mandchous n'ont pas voulu assumer cette responsabilité. Le droit d'émission fut accordé aux particuliers. Ainsi sous la dynastie des Ts'ing régnait le système de la libre émission des billets. Les banques gouvernementales, les banques provinciales et les grandes maisons commerciales avaient toutes le droit d'émettre des billets qui recevaient pouvoir libératoire dans des localités déterminées.

trat fondé sur l'idée de service rendu par le créancier au débiteur et d'obligation pour le débiteur, d'après le principe *yi*, de s'acquitter de sa dette scrupuleusement. Ils ne pouvaient donc admettre que le risque de la dépréciation de la monnaie fût supporté par le créancier à qui aucune faute n'était imputable.

Aussi les juges ont-ils essayé tout d'abord, en vue de sauvegarder l'intérêt du créancier, de limiter le choix du débiteur. Ce choix fut limité aux monnaies existant, non pas au moment de l'exécution, mais au moment de la formation du contrat (Déc. 252-1916, Kouo Wei, p. 60, *Rec. des Somm.* 207, p. 52).

Cette mesure restant inefficace en raison de la dépréciation des monnaies, le Ta li yuan n'hésita pas à prendre des décisions qui ont renversé complètement la règle du choix par le débiteur de la monnaie de paiement, notamment les décisions suivantes :

1° « Si l'obligation a pour objet le paiement d'une somme d'argent, le débiteur peut normalement se libérer avec toute espèce de monnaies ayant cours légal, à son choix. Mais si, au moment du paiement, la force libératoire de la monnaie employée diffère de celle des autres espèces de monnaies, la différence qui en résulte doit être compensée par le débiteur, attendu qu'il ne peut obliger son créancier à subir seul la perte, sauf toutefois le cas où le créancier y a consenti. » (Déc. 1063-1916, Kouo Wei, p. 60, *Rec. des Somm.*, 206, p. 52.)

2° Au cas où les parties ont spécifié la monnaie du paiement et qu'au moment du paiement la monnaie s'est dépréciée, le débiteur est tenu de compenser la différence représentée par la dépréciation de la monnaie spécifiée au contrat. (Déc. d'interprétation, N° 722, 855, 1467, 1008, 924, etc., v. *infra*, p. 143-161).

3° En cas de suppression de la monnaie spécifiée au contrat de prêt, le débiteur est tenu de payer, en une autre monnaie équivalente, le montant du prêt calculé d'après le cours du jour de la formation du contrat. (Déc. d'interprétation, N° 1467, v. *infra*, p. 157-159).

1° Enfin, dans le contrat de compte courant, assimilé par le Ta li yuan aux contrats de prêt et de dépôt, la banque débitrice est tenue en cas de dépréciation de la monnaie, objet du contrat, de rembourser la différence entre le cours du jour du versement et celui du jour du paiement (1).

5° Au contraire, dans un contrat de prêt, où la banque est créancière, le risque de la dépréciation est supporté par la banque. (Déc. d'interprétation, N° 920, v. *infra*, p. 146).

Les décisions relatives à la question sont nombreuses. Quelle que soit la diversité des espèces dans toutes les décisions, apparaît le même souci du Ta li yuan de faire supporter le risque de la dépréciation par le débiteur.

L'attitude du Ta li yuan ne peut être expliquée que par l'histoire et par les considérations d'ordre économique exposées plus haut. Il est curieux de constater que, dans les solutions du Ta li yuan concernant notre question, triomphe une ancienne loi impériale de l'époque des T'ang (760), rapportée dans le *Ts'ö fou yuan kouei* (2). Aux termes de cette loi, l'em-

(1) V. Affaire Banque Russo-Asiatique contre Bartachevitch, arrêt du Ta li yuan, D. P., 1928, 5, 93, note Jean Escarra.

(2) *Ts'ö fou yuan kouei*, chapitre 501. Monnaie métallique, titre 3, p. 10 (b) et s.

Il faut remarquer la conception particulière des juges du Ta li yuan au sujet de papier-monnaie. Pour ces juges, le papier-monnaie est bien une monnaie représentative du métal, mais à condition que la monnaie de papier et la monnaie métallique soient au pair. Dès qu'il y a un écart entre la valeur réelle et la valeur nominale du papier-monnaie, celui-ci n'est considéré que comme un moyen numérique de calcul, ayant pour base la monnaie métallique. Et cela est vrai, même dans le cas où les contractants n'ont pas eu soin de prévoir la compen-

prunteur était tenu d'effectuer le paiement de sa dette en une valeur réelle équivalente à ce qu'il avait reçu. La règle est ainsi conçue : L'emprunteur doit rendre la monnaie métallique s'il avait reçu l'emprunt en monnaie métallique, et rendre la « monnaie fiduciaire » s'il avait reçu son emprunt en « monnaie fiduciaire ».

Dans un seul cas, il n'est pas permis au créancier de demander la compensation de la différence entre la valeur réelle et la valeur nominale de la monnaie dépréciée, c'est dans le cas où le contrat porte sur certaines valeurs spécifiées comme objet du contrat (v. Déc. d'interprétation, N° 938. v. *infra*, p. 149).

Dans ce cas, le contrat est aléatoire : les parties, sachant que les valeurs qu'elles ont pris comme objet du contrat, sont instables, jouent ici sur leur chance. Si, plus tard, les billets se déprécient, le créancier n'est pas recevable à demander une compensation.

Quant au contrat de compte courant, les juges du Ta li yuan n'en ont pas compris la nature juridique (1).

Le contrat de compte courant était traité par le Ta li yuan, tantôt comme un contrat de prêt, tantôt comme un contrat de dépôt : entre le compte courant et le prêt, il y a un trait commun, en ce sens que la banque, comme l'emprunteur peut utiliser la somme prêtée, et effectuer des opérations avec les sommes versées par le titulaire du compte courant. Quant à

sation, c'est-à-dire lorsque les parties n'ont pas stipulé la clause or. Ainsi donc, la clause or est admise de plein droit par la jurisprudence du Ta li yuan dans tous les contrats ayant pour objet une somme d'argent.

(1) Voir cependant l'avis donné sur cette question par M. Escarra, conseiller juridique du Gouvernement chinois à propos de l'affaire Banque Russo-Asiatique contre Bartachevitch (Dalioz, *Rec. périodique* Banque Russo-Asiatique contre Bartichevitch, D. P., 1928, 5, 93.

l'assimilation du compte courant au dépôt, l'erreur provient de la terminologie chinoise. Le compte courant est désigné sous les signes *ts'ouen k'ouan*, la traduction littérale est : « la somme déposée ». L'assimilation était d'autant plus facile qu'elle permettait aux juges du *Ta li yuan* d'établir dans tous les cas où il s'agissait de paiement de sommes d'argent la règle qui leur était chère.

Mais le *Ta li yuan* a cependant aperçu la différence entre le compte courant, le prêt et le dépôt.

« Le compte courant, dit-il, n'est pas véritable contrat de dépôt, ni celui de prêt, car la banque est tenue d'avoir une somme d'argent prête pour rembourser à tout moment le titulaire du compte courant lorsque celui-ci se présente. Le droit de la banque de jouir de l'argent déposé dans sa caisse est plus restreint que celui de l'emprunteur ». Aussi le *Ta li yuan* a-t-il trouvé une solution de compromis, d'après laquelle la perte de la dépréciation de la monnaie au jour de l'ouverture du compte courant, sera partagée entre les deux parties : la banque et le titulaire du compte courant.

Un cas particulier est celui où la banque accorde des prêts à des particuliers. Il est évident que la banque créancière verse les prêts accordés par elle, avec ses propres billets. Par suite, en cas de dépréciation de ces billets, la banque n'a pas le droit de demander la compensation de la différence, elle est tenue d'accepter le remboursement de la somme numérique en billets dépréciés, d'après leur valeur nominale.

Cette dernière décision paraît conforme aux principes généraux du droit moderne en ce qui concerne la manifestation de la volonté dans la formation du contrat, l'exécution de l'obligation, principes adoptés par le *Ta li yuan* (v. chap. des contrats) : elle met les risques de la dépréciation de la monnaie à la charge du créancier (la banque) com-

me dans toutes les législations du monde. Mais ici il semble que le Ta li yuan ait été guidé comme les anciens juges bien plutôt par un désir d'équité que par le souci de suivre rigoureusement les principes juridiques adoptés. Les risques de la dépréciation de la monnaie sont supportés par la banque non pas parce qu'elle est débitrice mais parce qu'elle est une banque, un établissement économiquement puissant, plus en mesure de supporter les pertes résultant de la dépréciation que de simples particuliers.

Les solutions du Ta li yuan rapportées plus haut ont inspiré l'article 201 du Code civil chinois. La Cour Suprême de Nankin fait application de l'article 201 du Code civil chinois applique et continue la jurisprudence du Ta li yuan en notre matière (1).

(1) V. Décision d'interprétation Yuan N° 1 du 16 février 1926, *Sseu fa yuan kiai che houei pien*, Recueil des décisions d'interprétation du Yuan judiciaire, vol. I, p. 1, v. *infra*, p. 159 ; interprétation yuan N° 384 du 30 du 1930 vol. I, p. 353, v. Fr. Théry, *Le Droit Chinois moderne*, n° 26, Interprétation du Yuan judiciaire en matière civile, vol. I (février 1929 à janvier 1935), 1^{re} partie, p. 34. Interp. yuan 395 du 6 janv. 1931, Rec. des décisions d'interprétation du Yuan judiciaire, vol. I, p. 362, Fr. Théry, *op. cit.*, p. 362).

DEUXIÈME PARTIE

DE CERTAINS CONTRATS SPÉCIAUX (SURETES PERSONNELLES ET RÉELLES)

Pour compléter la vue d'ensemble du travail accompli par la jurisprudence du Ta li yuan en matière des obligations, il convient de faire une étude sommaire sur les décisions du Ta li yuan, relatives aux sûretés personnelles et réelles.

Les sûretés personnelles et réelles ont eu une très grande importance dans l'ancien droit chinois. D'une part, l'idée de solidarité dans la société ancienne favorisait le développement de la caution personnelle ; d'autre part, l'argent faisant défaut dans l'ancienne Chine agricole, on recourait souvent aux emprunts. La garantie personnelle se montrait souvent inefficace ; on inventa des garanties réelles : le gage et l'antichrèse, qui, par leur caractère concret, convenaient à la mentalité et aux besoins de l'ancienne Chine. Le cautionnement et le nantissement étaient bien connus de l'ancien droit chinois ; par contre l'hypothèque était presque inconnue.

CHAPITRE I

DU CAUTIONNEMENT

SECTION I. — ANCIEN DROIT CHINOIS

§ 1. — ORIGINE ET FONDEMENT DU CAUTIONNEMENT.

L'idée de solidarité des groupes, idée propre aux sociétés primitives, trouve son fondement, en Chine antique, dans le principe *yi*. Le principe *yi* impose à l'homme de porter assistance à celui qui en a besoin. Ces idées se trouvent à la source de l'institution du cautionnement.

On trouve la notion de cautionnement dans le *Tcheou li*, au chapitre relatif aux fonctions du « Ministre de la terre » *Tasseut'eou*. Ce texte cite une ordonnance attribuée à Tcheou Kong, ordonnance établissant des groupements : « Chaque groupe, dit le texte, se composera de cinq familles ; les cinq familles se porteront fort les unes des autres. » Les commentateurs du texte, lettrés confucéens, trouvaient dans ce passage du *Tcheou li* une institution de la société antique idéalisée où, la vertu régnant, on pouvait faire appel à la conscience collective : « Le cautionnement solidaire, disaient-ils, portait en lui idée d'entraide et de confiance mutuelle ; il est la marque d'une époque de prospérité. » Ce texte comme tous les textes classiques faisait l'objet d'études

(1) *Tcheou-li*, livre 10, p. 30 (a), livre 12, p. 17 (b) et 18.

des lettrés; il a eu, sans doute, une influence sur la mentalité chinoise.

Quoi qu'il en soit, le cautionnement est une institution très répandue en Chine. Des personnes liées par le simple hasard du voisinage se croient obligées de se porter assistance mutuelle, de sorte qu'on trouve facilement, le cas échéant, une personne qui se portera caution. Le cautionnement est employé non seulement dans les contrats de prêt d'argent, mais aussi dans tous les contrats portant sur un droit de créance.

§ 2. — SA RÉGLEMENTATION PAR LE DROIT COUTUMIER

Le cautionnement n'a pas fait l'objet de dispositions légales; aucun article ne lui était consacré dans le droit impérial. La réglementation du cautionnement était laissée exclusivement à la coutume.

Le droit coutumier distingue la caution personnelle et le « garant » (1).

Le « garant » est un tiers qui s'engage envers le créancier à répondre de la bonne exécution de l'obligation. On pourrait comparer le « garant » du droit chinois coutumier avec celui qu'on appelle en droit français le porte-fort. Mais il y a une différence essentielle entre le « garant » et le porte-fort : le porte-fort s'engage à rapporter la promesse du tiers de s'engager, il est libéré dès que cette promesse est acquise sans être garant de son exécution effective, alors que le garant répond de l'exécution de l'obligation (2).

(1) V. *Recueil des Coutumes*, t. II, p. 733, coutumes de T'ien-ts'in, p. 751; p. 797, coutume de la province de Tche-li, ancienne appellation du Ho-péi.

(2) V. Colin et Capitant, *op. cit*, t. II, p. 139.

Les deux variétés de garantie répondaient à des besoins diffé-

Toutefois, le garant ne s'engage pas directement à payer la dette à la place du débiteur principal, et par là il diffère de la caution.

La caution est, au contraire, une tierce personne qui promet au créancier de le payer si le débiteur principal n'exécute pas son obligation.

Le garant, en cas d'inexécution de l'obligation du débiteur principal, était libéré en principe, si le débiteur principal était présent. Bien entendu, le garant pouvait être condamné à une indemnité, mais ce n'était qu'en cas de disparition du débiteur principal, et il n'était jamais frappé des sanctions pénales encourues par le débiteur.

La caution, au contraire, était solidairement responsable avec le débiteur principal et s'exposait comme lui à des sanctions pénales. Le créancier non payé pouvait, à l'échéance, s'adresser indifféremment au débiteur ou à la caution (v. *Recueil des Coutumes*, t. II, p. 822).

Celle-ci était tenue de la totalité de la dette. Sans doute, la caution pouvait se libérer de son obligation en prouvant que le débiteur principal était en état de payer la dette. Mais l'ancien droit chinois n'a pas connu l'institution de *venditio bonorum* ; la caution ne pouvait pas obliger le créancier à discuter sur les biens du débiteur. Ainsi la caution de l'ancien droit chinois n'a pas connu le bénéfice de discussion.

Le cautionnement étant fondé sur l'idée de solidarité, le bénéfice de division était inconnu également. Ainsi s'il y avait plusieurs cautions, chacune d'elles répondait pour la totalité de la dette.

rents. Le contrat de garant accompagnait les contrats ayant pour objet l'obligation de faire quelque chose, par exemple, l'obligation d'exécuter un travail dans un contrat de louage de service ou l'obligation de conserver la chose dans un contrat de location. Au contraire, le cautionnement proprement dit se rencontre dans les contrats de prêt d'agent.

SECTION II. — JURISPRUDENCE DU TA LI YUAN

§ 1. — CARACTÈRE PUREMENT CIVIL
DE L'OBLIGATION DE LA CAUTION ET DU GARANT.

Le droit chinois moderne distingue le droit civil et le droit pénal. Ainsi la caution ne s'oblige désormais que pécuniairement ; elle a pour seule obligation de payer la dette à la place du débiteur principal si celui-ci ne paie pas (1). Le Ta li yuan semble avoir assimilé le garant et la caution.

§ 2. — BÉNÉFICE DE DISCUSSION ET BÉNÉFICE DE DIVISION.

Pour mieux protéger l'intérêt de la caution, le Ta li yuan lui a accordé les deux bénéfices : de discussion et de division. La jurisprudence de la Cour Suprême de Pékin est allée plus loin que le droit français. En droit français, la caution peut invoquer le bénéfice de discussion sous trois conditions : il faut que la caution l'invoque sur les premières poursuites dirigées contre elle (art. 2022 du Code civil français) ; il faut qu'elle indique au créancier les biens du débiteur à discuter (art. 2023 du Code civil français) et enfin il faut que la caution avance les frais de discussion (art. 2023 du Code civil français).

D'après les décisions du Ta li yuan, la caution peut toujours invoquer son droit de discussion et c'est au créancier de prouver l'inutilité de ses poursuites contre le débiteur prin-

(1) Déc. d'interprétation, n° 937, v. *infra*, p. 162. Déc. 1032-1915, K. W., p. 140-141, *Rec. des Somm.*, 779, p. 163.

cipal pour pouvoir repousser le droit de discussion de la caution : « La caution peut refuser l'exécution de son obligation tant que le créancier ne rapporte pas la preuve que l'exécution forcée poursuivie sur les biens du débiteur principal n'a pas donné de résultat » (1).

Ce bénéfice de discussion accordé à la caution n'était pas sans inconvénient. Les rédacteurs du *Recueil des Coutumes* n'ont pu s'empêcher de le critiquer. Ils écrivent : « D'après les principes du droit civil moderne, la caution peut refuser de payer la dette si le créancier ne prouve pas que l'exécution forcée poursuivie à l'encontre du débiteur principal est demeurée inefficace. Les litiges qui surgissent ont tous pour objet, d'une part, le refus de la caution de payer la dette à la place du débiteur principal et, d'autre part, les exigences du créancier qui veut être payé sans discuter sur les biens du débiteur. Il arrive, bien entendu, que la caution paie de son propre gré pour des raisons personnelles. Le fait de subordonner la poursuite contre la caution à la preuve de l'inefficacité de l'exécution forcée sur les biens du débiteur principal, oblige toujours les créanciers à recourir à la procédure judiciaire. Ceux qui ont de l'argent se garderont désormais de prêter, ce qui restreindra forcément les opérations financières. Mieux vaudrait restaurer les anciennes coutumes » (2).

Cette critique révèle combien le bénéfice de discussion est nouveau pour la mentalité chinoise habituée à l'idée de solidarité entre la caution et le débiteur principal.

(1) Déc. 732-1914, Kouo Wei, p. 138, Tr. par M. Escarra, *Rec. des Somm.*, 799, p. 166.

(2) *Rec. des Coutumes*, t. II, p. 1035, rapport de la Commission d'études du district Feng-houa de la province de Tchë-kiang sur le droit coutumier.

Néanmoins, le bénéfice de discussion de la caution fait l'objet de l'article 745 du Code civil chinois.

De même que le bénéfice de discussion, le Ta li yuan a accordé à la caution le bénéfice de division, au cas où il y a plusieurs cautions : « Lorsque plusieurs cautions garantissent la même dette, chacune d'elle jouit du bénéfice de division sans pouvoir être tenue de la part de la dette qui n'est pas à sa charge, sauf stipulation contraire. »

« On ne peut voir un cas de cautionnement solidaire dans le simple fait que plusieurs cautions ont apposé conjointement leurs signatures sur le contrat (1).

Ainsi, d'après la jurisprudence du Ta li yuan, la solidarité entre plusieurs cautions ne peut avoir lieu que s'il y a stipulation expresse dans le contrat, ce qui veut dire que la solidarité ne se présume pas. Mais les rédacteurs du Code civil chinois édictent la règle contraire : « S'il y a plusieurs cautions qui garantissent toutes la même dette, elles sont tenues de payer la dette solidairement, sauf stipulation contraire. (Code civil chinois, art. 748.)

L'exposé des motifs explique le but de cet article qui est de protéger les intérêts du créancier.

(1) Déc. 641-1914, K. W., p. 139, *Rec. des Somm.*, 820, p. 169.

CHAPITRE II

DES SURÉTÉS RÉELLES

SECTION I. — ANCIEN DROIT CHINOIS

Les sûretés réelles se rapprochaient par leurs formes du gage, de l'antichrèse et de l'hypothèque du droit moderne. De même que le cautionnement, les sûretés réelles n'ont pas fait l'objet de réglementation légale. Mais en raison de l'importance des droits réels portant sur les immeubles, la législation impériale a consacré quelques dispositions se rapportant au droit fiscal. Nous trouvons plus de renseignements concernant notre matière dans le *Recueil des Coutumes*. Dans ce recueil, les institutions sont présentées telles qu'elles existaient à la fin de l'Empire, sans remonter à leurs origines et sans tenir compte de leur évolution historique.

Dans ce chapitre, nous essaierons, dans la mesure du possible, de démontrer l'état de l'ancien droit chinois en la matière, en dégagant les règles coutumières, et en examinant les dispositions législatives du temps de l'Empire.

§ 1. — NANTISSEMENT.

Dans l'ancien droit chinois, il existait deux formes de sûretés réelles qui se rapprochaient du gage et de l'antichrèse :

c'étaient le *tang*, le *tien*, considéré traditionnellement comme contrat d'antichrèse et le *tche ti kiaï ts'ien* (1).

1° Le « *tang* », institution se rapprochant du gage.

Le *tang* est un contrat en vertu duquel un débiteur remet au mont-de-piété une chose mobilière contre une somme d'argent, pour un certain laps de temps.

Le *tang* est donc un contrat de gage conclu entre un établissement commercial, le mont-de-piété et le client, son débiteur ; de ce caractère en partie commercial du contrat, résultent des conséquences juridiques particulières. Ainsi, les conditions du contrat ne sont pas débattues par les parties, elle sont établies à l'avance, unilatéralement, par le mont-de-piété, et inscrites sur la quittance. Le client qui vient chercher le prêt ne peut que les accepter en bloc. Elles sont, en général, plus favorables au mont-de-piété, puisque c'est lui qui les impose unilatéralement. Par là, le *tang* se rapproche du contrat d'adhésion.

Le mont-de-piété consentait en général le prêt d'une somme représentant la moitié de la valeur de la chose mise en gage. La durée du prêt était de vingt-six mois environ : pendant ce délai, le débiteur pouvait à tout moment effectuer le paiement de la dette et des intérêts et reprendre la chose. C'était là encore une conséquence du caractère commercial

(1) Le terme *tche ti kiaï ts'ien* est pris conventionnellement. Il existe plusieurs termes selon les coutumes des différentes provinces désignant le contrat se rapprochant par sa forme de l'antichrèse : tels que le *tche ti kiaï ts'ien*, *tche fan kiaï ts'ien*, *kouan ye wen yao*, etc... V. *Recueil des Coutumes*, t. I, p. 279. D'autre part, dans certaines provinces, on appelle sous le nom de *tche ti kiaï ts'ien* un contrat qui ne confère pas au créancier le droit de jouissance sur l'immeuble.

du prêt : le mont-de-piété, étant établissement de crédit, est obligé d'accepter le paiement à tout moment, tandis qu'en matière de dette civile, le débiteur n'a pas le droit d'effectuer le paiement avant l'arrivée de l'échéance. A l'expiration du délai, faute de paiement, le mont-de-piété acquérait de plein droit la propriété de la chose et le débiteur se trouvait libéré de sa dette. La chose passait au mont-de-piété en pleine propriété. Mais si elle avait perdu sa valeur, depuis le moment du prêt, le mont-de-piété ne pouvait pas réclamer la différence entre le montant du prêt et le prix de la chose, autre conséquence du caractère commercial des opérations du mont-de-piété.

Le gage en tant que garantie des prêts civils ne semble pas avoir été très répandu dans l'ancien droit chinois. Ainsi la garantie réelle portant sur une chose mobilière n'existait dans l'ancien droit chinois que sous la forme du *tang*, qui en tant que prêt commercial, avait le caractère d'une dette réelle, c'était en effet la chose mise en gage qui répondait de la dette et non pas le débiteur ; celui-ci pouvait se considérer comme libéré dès l'instant où il avait l'intention de délaissier la chose au profit du créancier. Le caractère du *tang* de l'ancien droit chinois sera encore souvent invoqué à l'époque moderne par le débiteur plaidant devant le Ta li yuan, ainsi que nous pourrons le constater dans l'étude de la jurisprudence de cette Cour.

*Le « tien » et le « tche ti kiai ts'ien »,
contrats se rapprochant de l'antichrèse.*

Le *tien* est un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble transfère à une autre personne, contre une somme

d'argent que celle-ci lui prête, le droit de jouissance de l'immeuble pour un certain laps de temps. La durée du contrat peut varier de trois ans jusqu'à une époque indéterminée. Pendant la durée du contrat, le titulaire du *tien* a la jouissance de l'immeuble ; le propriétaire de l'immeuble, débiteur de la somme reçue ne paie pas d'intérêts. A l'expiration du contrat, le propriétaire rembourse la somme reçue et reprend son immeuble. Il peut se faire que le propriétaire de l'immeuble n'ait pas d'argent pour rembourser ; il est alors obligé de délaisser l'immeuble entre les mains du titulaire du *tien* : il y a vente définitive. Dans ce cas le titulaire du *tien* doit en principe verser au propriétaire initial une somme représentant la différence entre la somme dûe par ce dernier et la valeur du *tien* (Voir P. Hoang, *Notions techniques sur la propriété en Chine*, p. 8).

Ce contrat *tien* se rapproche du contrat d'antichrèse, et c'est ainsi qu'on le traduit traditionnellement par le terme antichrèse. Mais, comme nous le verrons plus loin, une telle traduction n'est pas exacte et peut faire naître une erreur ; c'est pourquoi nous nous garderons de désigner les parties au contrat *tien* par les termes « créancier » et « débiteur », mais les nommerons : propriétaire de l'immeuble et titulaire du *tien* (1).

(1) Dans les codes impériaux qui traitent du contrat *tien*, il existe à côté du *tien* un autre contrat de caractère analogue. Ainsi dans le Code des Song, *Song hing P'ong*, livre 13, dans l'article interdisant aux membres subordonnés de la famille d'aliéner les immeubles de famille, à côté du contrat *tien*, la loi parle du contrat *yi tang*. Le Code des Yuan (*Ta yuan cheng tcheng kouo tch'ao tien tchang*), livre 19, chap. 1^{er}, Recensement, mentionne deux contrats : le *tien* et le *tche ya* et interdit au peuple de passer le *tche ya* à la place du *tien*, car celui-ci était soumis à une taxe d'enregistrement tandis que le *tche ya* ne l'était pas. Malheureusement les textes

Le *tche ti kiaï ts'ien* est un contrat du droit coutumier, en vertu duquel le propriétaire d'un immeuble cède le droit de jouissance de son immeuble contre une somme d'argent. Pendant la durée du contrat, celui qui jouit de l'immeuble ne paie pas de loyer, et d'autre part, l'emprunteur ne paie pas d'intérêts. La durée du contrat est en général assez brève (un an environ). C'est là un premier caractère qui différencie le *tche ti kiaï ts'ien* du *tien*. Ces deux contrats, au premier abord très voisins, puisqu'ils ont le même but, comportent d'autres différences beaucoup plus importantes.

Comparaison du tien et du tche ti kiaï ts'ien.

a) La formule de l'acte du *tien*, le *tien ts'i* est une déclaration dans des termes presque solennels du propriétaire de l'immeuble qui aliène, à titre onéreux, un droit réel sur son immeuble ; tandis que la formule de l'acte de prêt, le *kiaï yao* (*tche ti kiaï ts'ien*) constate simplement deux prêts :

des codes sont très brefs sur ces contrats. Toutefois, ils témoignent qu'il existait à côté du *tien* un autre contrat qu'on appelait selon l'époque le *yi tang* ou le *tche ya* et que ce contrat était voisin du *tien* sans cependant lui être identique car les deux contrats n'étaient pas soumis aux mêmes règles fiscales. D'après le sens étymologique des termes *yi tang* et *tche ya* : le *yi* signifiant s'appuyer, le *tang* signifiant le gage, le *tche*, le nantissement, et le *ya*, garantie, il semble qu'il s'agisse là d'un contrat d'antichrèse proprement dite connue dans la pratique, mais ignorée du législateur. Le Code des Ts'ing ne traite que du contrat *tien* (au chapitre de la vente). Les dispositions se rapportant au droit fiscal, soumettent le contrat *tien* à une taxe d'enregistrement. L'ordonnance de K'ien-long (v. p. 176) assimile le *tien* à la vente à réméré.

le prêt d'argent de consommation, d'une part, le prêt à usage sur l'immeuble du débiteur, d'autre part (1).

b) L'étendue du droit de jouissance du créancier dans l'un et dans l'autre cas n'est pas la même : la coutume permet au titulaire du *tien* de constituer un second *tien* sur son droit de jouissance (voir *Rec. des Coutumes*, t. II, coutume de la province de Kan-sou, p. 1253). Nul texte ne confère le même droit au créancier de l'acte *tche ti kiai ts'ien*.

c) Les modes d'extinction des deux contrats présentent des caractères juridiques totalement différents. Les deux contrats prennent fin par le rachat (2). Mais dans un contrat *tien* au cas où le propriétaire n'a pas d'argent pour reprendre son immeuble, celui-ci passe au titulaire du *tien* en pleine propriété, il y a alors vente et le titulaire du *tien*, comme nous l'avons indiqué, peut être obligé de payer une soulte (3). Au

(1) Formule du contrat *tien*, le *tien ts'i* : « Je soussigné à l'acte *tien ts'i* (qui suit) déclare qu'étant dans le besoin, je consens à transférer, par l'intermédiaire des tiers, le *tien* sur la maison (ou le terrain) provenant de ma famille (description détaillée d'après son titre primitif) à M. X... pour qu'il l'habite (ou qu'il le cultive) contre le prix de *tien* consistant en une somme d'argent reçue de lui. Il est convenu que le rachat aura lieu dans 4-5 ans. »

Formule de l'acte *kiai yao* du contrat *tche ti kiai ts'ien* : « Je soussigné à l'acte *kiai yao* (qui suit) prête ma maison à M. X... contre une somme d'argent que je lui emprunte. Il est convenu de consentement mutuel, par intermédiaire des tiers, que M. X... ne paiera pas de loyer et moi je ne paierai pas d'intérêts, jusqu'à la date de... où se feront le rachat et le remboursement. » (V. *Recueil des Coutumes*, t. I, p. 279-281. Rapport de la Commission d'enquête sur les coutumes du district de Kao-p'ing de la province de Chan-si).

(2) Si le terme rachat convient en ce qui concerne le *tien*, il n'est pas exact pour le *tche ti kiai ts'ien* comme nous le verrons plus loin.

(3) Sauf dans les Trois Provinces de l'Est où un délai de vingt ans était imparté par la coutume. A l'expiration de ce délai, si le propriétaire ne reprenait pas son immeuble, le titulaire du *tien* en acquie-

contraire, dans un contrat de *tche ti kiai ts'ien*, si le propriétaire n'a pas le moyen de rembourser la dette, le prêteur exerce sur l'immeuble un droit de rétention, mais ne peut en acquérir la propriété du seul fait du non remboursement du prêt, à moins d'une clause du contrat prévoyant dans ce cas le transfert de la propriété ; toutefois on remarquera que même alors il ne s'agit plus de vente avec soulte comme dans le cas du *tien* où le titulaire du *tien* devait payer un complément de prix s'il voulait garder l'immeuble dont il avait la jouissance. Enfin il arrive aussi qu'une clause du contrat prévoie la conversion du contrat *tche ti kiai ts'ien* en contrat *tien* en cas de non remboursement de la dette (voir *Rec. des Coutumes*, t. I, p. 22, coutume de la province de Ho-nan, district de Tchong-liao).

Nature juridique du tien.

L'analyse des effets juridiques des deux contrats au moment d'extinction conduit à penser que le *tien* et le *tche ti kiai ts'ien* sont de nature différente : le *tien* paraît être un contrat d'aliénation à titre onéreux d'un droit réel sur l'immeuble avec faculté de rachat. C'est un contrat qui semble avoir, dès l'origine, le caractère hybride d'un contrat translatif du droit d'usufruit employé comme moyen indirect de prêt, tout proche pratiquement de l'antichrèse. Le *tien* pourrait également être comparé à la vente réméré, dans l'ancien droit français, qui, elle aussi, était un moyen indirect de prêt.

Au contraire, le *tche ti kiai ts'ien* du droit coutumier est un contrat d'antichrèse proprement dite.

rait le droit de propriété sans être obligé de payer une soulte. (Règlement sur la réorganisation de l'impôt d'enregistrement des immeubles de Moukden, art. 4). V. J. Escarra, *Rec. des Sommaires*, p. 45, note 20.

De la différence de nature des deux contrats découlent des conséquences juridiques importantes : le *tien* fait naître un droit réel principal, droit d'usufruit au profit du titulaire du *tien*, d'où le caractère indépendant du contrat (1) ; tandis que le *tche ti kiaï ts'ien* étant contrat accessoire de garantie, contrat d'antichrèse, confère au créancier-antichrésiste un droit réel de jouissance qui est attaché au droit de créance : c'est pourquoi ce contrat était, en général, de courte durée et les droits du créancier-antichrésiste moins étendus que ceux du titulaire du *tien*.

L'intérêt pratique de cette distinction aurait pu être très grand en cas de nullité de ces contrats et en cas de perte de l'immeuble par cas fortuit. Mais l'ancien droit chinois l'a ignoré et aucune différence n'était faite entre ces contrats. En cas de perte fortuite de l'immeuble les deux contrats s'éteignaient de la même manière d'après l'adage : « s'écroule la maison, périt l'argent » (2).

§ 2. — LE TI YA.

Il existait dans le droit coutumier chinois une institution dénommée *ti ya*. Le *ti ya* était un contrat par lequel le débiteur affectait une chose à la garantie de sa dette, sans que la chose fût remise en la possession du créancier, et qui conférait au créancier non payé, selon la clause insérée dans

(1) Sur le caractère indépendant du contrat *tien*, v. J. Escarra, *Rec. des Som.*, p. 71, note 21.

V. *Tai wan shi hô* (Droit privé de Formose), t. I, pp. 651 et 691 et s.

(2) *Fan tao lan kia*. V. *Recueil des Coutumes*, t. I, pp. 46, 56, 253, etc. Coutumes du district de Tai-yuan de la province de Moukden, du district Fou-yu de la province de Ki-lin, du district Houang bien de la province de Ki-lin, etc.

l'acte de prêt, soit un droit de possession et de jouissance sur la chose jusqu'au remboursement (le contrat se transformant alors en antichrèse ou en *tien*) soit le droit de se l'approprier.

Le *ti ya* portait principalement sur les immeubles, mais il pouvait être constitué sur les bestiaux.

Il présentait cet avantage — le seul trait qui lui soit commun avec l'hypothèque — d'être une garantie réelle sans déplacement : le propriétaire gardait l'exploitation de la chose. Mais le *ti ya* conférait seulement au créancier le droit de préférence, et non le droit de suite. Comme le *ti ya* n'était soumis à aucune publicité, rien n'empêchait le débiteur de mauvaise foi de constituer d'autres droits réels sur le même immeuble et même de l'aliéner ; dans ce cas, le créancier perdait son droit de garantie. D'autre part, s'il y avait plusieurs créances garanties par le même immeuble, le premier créancier primait tous les autres, ayant seul droit à la jouissance de l'immeuble ou à la pleine propriété (de même en droit Romain, le *jus distrahendi* n'appartenait qu'au premier créancier hypothécaire).

Dans ces conditions, le *ti ya* ne protégeait pas suffisamment les droits du créancier, c'est la raison pour laquelle l'institution était peu usitée.

§ 3. — PACTE COMMISSOIRE.

Le droit coutumier chinois admettait la clause en vertu de laquelle le créancier obtenait le droit de s'approprier la chose affectée à la garantie. La clause accompagnait en général le

(1) V. *Rec. des Cout.*, t. II, coutume de Chan-si, p. 830-831 ; coutume de Kan-sou, p. 1245, § 18.

tche ti kiai ts'ien et le *ti ya*, au contraire il semble qu'elle n'ait pas été usitée pour le *tien*.

Le créancier faisait insérer dans l'acte du contrat une clause spéciale lui attribuant à l'échéance, faute de paiement, la propriété de la chose. Souvent le créancier demandait, au moment de la conclusion du contrat de prêt, qu'il fût passé un acte de vente, de sorte qu'à l'échéance, en cas de non-paiement, le créancier détruisait l'acte de prêt : l'acte de vente seul demeurerait valable, attribuant ainsi le droit de propriété sur la chose au créancier, celui-ci n'avait que le droit de mutation à acquitter (*Rec. des Coutumes*, t. II, chap. XII, § 1, pp. 818, 833, 849, 856, etc.).

Ce dernier procédé peut être comparé à celui de la vente fiduciaire romaine avec, toutefois, cette différence que le transfert de la propriété est retardé à l'échéance de la dette et à la condition que celle-ci ne soit point remboursée.

La clause était, bien entendu, dangereuse pour le débiteur pressé par le besoin. Souvent, elle servait à dissimuler l'usure interdite par la loi impériale.

Mais par contre, ce pacte commissaire faisait naître pour le débiteur une obligation alternative : il devait ou bien payer la dette et les intérêts et reprendre la chose affectée ; ou délaisser la chose entre les mains du créancier et se trouver par là libéré de la dette. Bien entendu, il était souvent forcé d'opter pour la dernière solution, mais il pouvait arriver que le débiteur eût intérêt à délaisser la chose, pour ne pas payer la dette. Il en était ainsi lorsque la valeur de la chose affectée à la garantie avait diminué.

Ainsi le prêt accompagné de pacte commissaire devenait une dette réelle, faisant naître une obligation alternative pour le débiteur, qui avait le choix de se libérer de la dette soit en délaissant la chose affectée, soit en payant la dette,

comme dans le cas du *tang* (voir plus haut, p. 98). En vertu du pacte comissoire, le créancier n'avait donc pas le droit d'obliger le débiteur à exécuter son obligation. Ce fait que c'était la chose qui répondait de la dette et non pas le débiteur, paraît être caractéristique de l'ancien droit chinois.

SECTION II. — JURISPRUDENCE DU TA LI YUAN.

Les coutumes séculaires de l'ancien droit chinois en matière de sûretés réelles demeuraient ancrées dans la mentalité juridique chinoise. Le Ta li yuan a dégagé le caractère accessoire des sûretés réelles qui sont attachées à la créance et les conséquences juridiques du caractère accessoire du droit de garantie.

D'autre part, les décisions du Ta li yuan protègent surtout l'intérêt du débiteur. Le pacte comissoire très dangereux pour le débiteur était prohibé dans les droits occidentaux notamment en droit romain, de très bonne heure. En Chine, il a fallu attendre l'inauguration du Ta li yuan pour que cette interdiction soit prononcée.

Enfin, l'hypothèque, institution de sûreté réelle très utile, est introduite de toute pièce par la jurisprudence. Nous avons vu l'imperfection du *ti ya* du droit coutumier qui ne pouvait pas répondre aux exigences de la vie juridique et économique moderne. De cette institution le Ta li yuan n'a gardé que le nom.

§ 1. — CARACTÈRE ACCESSOIRE DES CONTRATS DE GARANTIE ET SES CONSÉQUENCES.

1° Toute sûreté réelle est un contrat accessoire de garantie. Une sûreté réelle suppose toujours un droit de créance dont

elle assure l'exécution. L'obligation du débiteur est de payer la dette ; la constitution d'une sûreté réelle n'opère pas transmission de la dette, de la tête du débiteur sur la chose affectée à la garantie de la créance. La sûreté réelle donne au créancier non payé le droit de se faire payer sur le prix de la chose. Le débiteur ne saurait être considéré comme libéré de son obligation par le seul fait qu'il a constitué une garantie réelle, dont l'objet pourrait être délaissé au créancier.

« Lorsqu'un droit de créance est garanti par une hypothèque, il n'est pas possible de dire que par le fait de la constitution de la garantie, la dette elle-même est éteinte, et que le créancier ne peut plus réclamer le paiement au débiteur » (1).

Une autre décision est ainsi conçue : « Lorsqu'un droit de créance est assorti d'une sûreté réelle, le débiteur s'engage à exécuter son obligation à l'échéance, s'il s'agit d'une dette à échéance, ou sur sommation du créancier s'il s'agit d'une dette sans échéance. Si le débiteur n'exécute pas son obligation, le créancier pourra vendre immédiatement la chose affectée à la sûreté pour obtenir son paiement ; en cas d'insuffisance du prix de la vente pour assurer le paiement, le débiteur devra compléter le paiement de la dette non encore acquittée » (2).

Du caractère accessoire du droit de garantie il résulte des conséquences juridiques importantes. Le droit de garantie suit le sort de la créance. Si la créance est annulée, le droit de garantie disparaît ; si la créance est éteinte, le droit de

(1) Déc. 1532-1915, Kouo Wei, p. 190, Tr. par M. Escarra, *Rec. des Som.*, 1859, p. 476.

(2) Déc. 1545-1918, Kouo Wei, p. 191, Tr. par M. Escarra, *Rec. des Som.*, 1865, p. 477. V. Décisions 953-1916, Kouo Wei, p. 196 ; 827-1918, Kouo Wei, p. 191.

garantie prend fin aussi (Déc. 340-1914, Kouo Wei, p. 199, *Rec. des Somm.*, 1862, p. 447, Kouo Wei, p. 195, *Rec. des Somm.*, 1922, p. 489).

En revanche, si la chose affectée à la garantie vient à périr, le droit de créance subsiste toujours ; et si la perte est fortuite, elle sera à la charge du débiteur, propriétaire de la chose que la possession de la chose ait été ou non transmise au créancier ; le créancier ne perdra que la garantie de sa créance (1) ; celle-ci devient une créance ordinaire. On se souvient que dans l'ancien droit coutumier la perte de la chose donnée en garantie paraissait entraîner la disparition de la créance elle-même (voir *supra*, p. 103). L'excédent du prix de la chose vendue appartient au débiteur ; en revanche, si le prix est insuffisant, le débiteur est tenu de le compléter pour satisfaire entièrement le créancier (1545-1918 Kouo Wei, p. 191 ; *Rec. des Somm.*, 1865, p. 577 ; 1538-1914, Kouo Wei, p. 189 ; *Rec. des Somm.*, 1876, p. 479) (2).

§ 2. — NANTISSEMENT :

Le tong tch'an tche et le pou tong tch'an tche k'uan.

D'après les décisions du Ta li yuan, on peut donner au nantissement la définition suivante : le nantissement est un contrat en vertu duquel le débiteur remet à son créancier soit un meuble (gage), soit un immeuble (antichrèse). pour sûreté

(1) Déc. 281-1915, Kouo Wei, p. 189, *Rec. des Somm.* 1863-477, v. décision d'interprétation n° 147-1914, v. *infra*, p. 147.

(2) Le caractère réel de la créance nanti dans l'ancien droit chinois a fait les juges du Ta li yuan hésiter au début sur le caractère accessoire du nantissement. Une décision est ainsi conçue : « Nantissement et droit de créance sont deux droits indépendants. » 5428-1915, Kouo Wei, p. 198). Par contre, ce caractère accessoire a été reconnu à l'hypothèque sans hésitation aucune.

de sa dette avec le droit pour le créancier, en cas de non paiement, d'exercer sur la chose un droit de rétention, puis à l'expiration d'un certain délai de la faire vendre et de se faire payer sur le prix de vente (1).

Dans cette définition, on ne reconnaît plus le *tang* ni le *tche ti kiai ts'ien* de l'ancien droit, ni encore moins le *tien*. Pour distinguer les deux variétés de nantissement du droit moderne le Ta li yuan a emprunté la terminologie du Projet de code civil : le terme *tong tch'an tche k'iu'an* pour désigner le nantissement portant sur un meuble et le terme *po: tong tch'an tche k'iu'an* pour désigner le nantissement portant sur un immeuble (antichrèse).

Le nantissement du droit chinois moderne, comme celui de l'ancien droit, est un contrat dont la condition essentielle de formation est la remise de la chose entre les mains du créancier. C'est donc un contrat réel : il confère au créancier nanti le droit de retenir la chose, droit opposable aux tiers (2). Mais en cas de non paiement le créancier nanti d'après les principes du droit moderne a le droit de faire vendre la chose et de se faire payer par préférence sur le prix de vente (3).

Fait notable, le *tong tch'an tche k'iu'an*, le gage du droit moderne diffère profondément par sa nature juridique du *tang* de l'ancien droit chinois ; mais le *tang* subsiste dans le droit moderne et apparaît sous forme de prêt commercial. Les établissements de mont-de-piété continuent à jouer un

(1) V. Décisions 538-1914, Kouo Wei, p. 189, *Rec. des Somm.* 1876, p. 479 ; 1015-1915, Kouo Wei, p. 189, *Rec. des Somm.* 1874, p. 479, 363-1917, Kouo Wei, p. 191, *Rec. des Somm.* 1867, p. 477 : 403-1917, Kouo Wei, p. 191, *Rec. des Somm.* 1869, p. 478.

(2) Déc. 212-1915, Kouo Wei, p. 199, *Rec. des Som.*, 1938, p. 492.

(3) Déc. 260-1914, Kouo Wei, p. 198, *Rec. des Som.*, 1935, p. 491.

grand rôle dans le crédit populaire. Le *tang* est toujours régi par les mêmes règles que dans l'ancien droit chinois (voir *supra*, p. 97) ; les réformes juridiques n'ont pas modifié sa réglementation (1). Le pacte commissoire interdit par le Ta li yuan (voir *infra*, p. 112) est admis dans les actes commerciaux (2).

Le « tien » dans l'interprétation du Ta li yuan.

Le *pou tong tch'an tche k'üan*, l'antichrèse du droit chinois moderne est substituée au *tche ti kiai ts'ien* du droit coutumier et est devenu synonyme du *tien* que le Ta li yuan a considéré comme contrat d'antichrèse (3).

Ainsi, en matière civile, l'opération juridique que réalisait le *tien* de l'ancien droit n'est pas admise par le Ta li yuan. Sans doute, le *tien* engendrant un droit d'usufruit sur un immeuble souvent pour une durée indéterminée, présentait-il des inconvénients économiques pour l'exploitation des biens du pays ; cependant ce vieux contrat convenait bien à l'esprit du peuple chinois qui se sépare difficilement de la terre qu'il possède. Le propriétaire du bien acceptait souvent un prêt inférieur à la valeur du bien dans l'espoir de pouvoir le racheter plus tard. Souvent, il est vrai, l'espoir était vain : le propriétaire de la terre dont l'usufruit avait été cédé par le contrat *tien*, était obligé de renoncer au rachat et de se contenter du paiement de la soulte, ou même quelquefois d'abandonner l'immeuble sans recevoir de soulte après l'expira-

(1) V. Thèse de M. Chen Tsen I, *De la responsabilité civile en droit chinois*, p. 35 et s.

(2) Décision d'interprétation n° 3-165, p. 163-165.

(3) V. déc. d'interprétation n° 266-1915 et n° 1139-1919, p. 170-171.

tion du délai imposé par la coutume de certaines provinces (1). Mais dans tous les cas, ce délai était très éloigné, la durée du contrat était longue et le propriétaire emprunteur avait ainsi la possibilité de conserver la nue-propiété de l'immeuble pendant longtemps.

Il semble que devant une telle institution reconnue tant par la loi que par la coutume, les juges du Ta li yuan auraient dû conserver au contrat *tien* sa vraie nature juridique, tout en l'adaptant par des modalités nouvelles aux nécessités économiques de la vie moderne (2).

(1) Trois Provinces de l'Est, v. *supra*, p. 101, note 3.

(2) Le nouveau Code civil chinois consacre un chapitre au *tien* en lui restituant le caractère de contrat indépendant d'aliénation du droit d'usufruit qu'il avait dans l'ancien droit. Par contre, le code est muet en ce qui concerne le *pou tong tch'an tche k'iu'an*, l'antichrèse d'après la jurisprudence du Ta li yuan.

L'article 911 est ainsi conçu : « Le droit de *tien* (dans la traduction du Code civil chinois par M. Ho Tchong-chan le caractère *tien* est transcrit par le mot *dien*), est un droit en vertu duquel le titulaire a la possession de l'immeuble d'autrui sur lequel il a le droit d'usage et de jouissance. » Dans l'exposé des motifs, les rédacteurs du code s'expliquent en ces termes : « Le droit de *tien* est un droit réel dont la condition essentielle de constitution est la possession matérielle de l'objet du droit. Il diffère du droit de location en ce que l'un est droit réel et l'autre droit de créance. Il diffère de l'hypothèque et du gage : l'un est un droit réel « direct » et l'autre droit réel de garantie. Le droit de *tien* est la restriction la plus sensible du droit de propriété. » Pour restreindre le droit d'usufruit, l'article 912 prévoit une durée de 30 ans maximum. Le *tien* constitué pour une durée de plus de 30 ans sera réduit de plein droit à 30 ans. L'article 913 interdit l'insertion dans le contrat conclu pour une durée de moins de 15 ans, d'une clause en vertu de laquelle l'usufruitier aurait le droit de s'approprier l'immeuble, si le propriétaire à l'expiration du délai ne reprenait pas son immeuble. Mais au cas où cette clause est permise, c'est-à-dire lorsque le contrat *tien* est passé pour une durée de plus de 15 ans, il faut supposer, la loi étant muette sur ce point, que l'usufruitier est tenu de verser au propriétaire le prix de la nue propriété, car nul ne peut changer son titre.

La jurisprudence de la Cour Suprême de Nankin se fondant sur

Interdiction du pacte comissoire.

En application des principes mêmes qu'il a dégagés dans le domaine des contrats de nantissement, le Ta li yuan a interdit la clause en vertu de laquelle le créancier nanti stipulait le droit de s'approprier la chose affectée à la garantie au cas de non remboursement. (Voir N° 1365, *infra*, p. 163-165.) Le Ta li yuan a maintenu cette interdiction malgré les vives objections qu'elle a rencontrées.

Plusieurs décisions d'interprétations sont rendues à ce sujet (1).

« Attendu, dit la décision N° 1365, que l'interdiction du pacte comissoire ne nuit pas aux intérêts du créancier, celui-ci peut toujours demander de faire vendre le bien mis en gage et se faire payer sur le prix avant tous les autres créanciers, le pacte comissoire adjoint au contrat est nul. Si le créancier nanti a le droit de préemption en vertu d'une règle coutumière locale, il peut garder la chose à titre d'acheteur.

Cette décision est rendue dans l'intérêt du débiteur contre le créancier nanti qui voulait se prévaloir du pacte comissoire inséré dans son contrat de prêt. Mais il pouvait arriver qu'il fût dans l'intérêt du débiteur de ne pas prendre l'im-

l'article 911 du code Civil chinois est plus précise sur la question. « Le droit de *tien* est le droit de posséder l'immeuble d'autrui et d'en avoir l'usufruit ; les fruits que recueille le preneur de *tien* en vertu de son droit diffèrent des intérêts, on ne peut leur appliquer les dispositions légales en matière d'intérêts »... (Déc. d'interprétation, yuan 737 du 7 juin 1932. *Sseu fa guan kiai che houei pien*, Recueil des décisions d'interprétation du Yuan judiciaire, vol. 3, p. 141. Traduction par Fr. Théry, *Le Droit chinois moderne*, n° 26. Interprétations du Yuan judiciaire en matière civile, vol. I (février 1929 à janvier 1935, 1^{re} partie, p. 54.)

(1) Déc. d'interprétation n°s 1301, 1365, 2010, *infra*, p. 162-167.

meuble. C'était au cas où celui-ci avait perdu de sa valeur. Dans ce cas la décision du Ta li yuan est inspirée des mêmes principes : de même que le créancier n'a pas le droit de s'approprier la chose affectée à la créance, le débiteur est obligé de reprendre sa chose. Si le prix de la chose est insuffisant pour satisfaire le créancier, le débiteur est tenu de rembourser la différence entre le prix de la chose et le montant de la dette (Déc. d'interprétation N° 266, voir *infra*, p. 171-172).

Les décisions du Ta li yuan interdisant le pacte commissaire ont inspiré l'article 893 du nouveau Code civil chinois.

Comme l'interdiction a été prononcée dans l'intérêt du débiteur, le pacte commissaire n'est interdit que lorsqu'il est passé au moment du contrat. On suppose que le débiteur étant pressé par le besoin accepterait les conditions imposées par le créancier peu scrupuleux, mais un acte de dation en paiement intervenu après l'échéance est parfaitement valable (Déc. 720-1922, Kouo Wei, p. 197).

Cette décision a inspiré l'article 898 du Code civil chinois.

§ 3. — L'HYPOTHÈQUE.

ELABORATION DES RÈGLES DE L'HYPOTHÈQUE DU DROIT CHINOIS
MODERNE PAR LE TA LI YUAN.

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE L'HYPOTHÈQUE.

LES DÉCISIONS DU TA LI YUAN.

L'hypothèque, comme nous l'avons déjà indiqué, a été introduite dans le droit chinois par le Ta li yuan. Nombre de décisions de cette Cour (1) en ont dégagé les caractères essentiels. Le droit réel accessoire n'entraînant pas le désaisisse-

(1) V. *Rec. des Somm.*, chap. ix, Des sûretés réelles.

ment du débiteur et conférant au créancier droit de préférence et droit de suite.

La lecture de ces décisions montre que les juges du Ta li yuan ont bien assimilé la nature juridique et les traits caractéristiques des droits occidentaux. Les décisions concernant le caractère indivisible de l'hypothèque sont particulièrement intéressants ; l'indivisibilité de l'hypothèque s'exprime dans la règle suivante : si la créance est garantie par plusieurs immeubles, chacun de ces immeubles répond de la totalité de la dette ; d'autre part, chaque portion d'un immeuble hypothéqué répond de la totalité de la dette. Cette dernière règle apparaît lorsque l'immeuble affecté à la garantie se trouve partagé entre les héritiers d'une succession : le droit du créancier hypothécaire ne varie pas : il peut s'adresser à chacun des héritiers pour la totalité de la dette (1).

L'hypothèque étant un droit réel, confère au créancier hypothécaire le droit de préférence et le droit de suite (2). Mais cependant, les juges du Ta li yuan ne se sont pas entièrement dégagés de l'esprit de compromis qui caractérisait les juges de l'ancien droit et certaines décisions ont un caractère de transition.

Au moment où statuait le Ta li yuan le système de publicité n'était pas encore organisé. Une décision du Ta li yuan a décidé que l'hypothèque prendrait rang d'après la date de la conclusion de l'acte (3). En raison de la clandestinité le créancier postérieur en date pouvait facilement ignorer l'hypothèque déjà constituée sur le même immeuble. Il aurait

(1) Déc. 459-1914, K. W., p. 193, *Rec. des Som.*, 1916, p. 488 ; 1117-1917, K. W., p. 197, *Rec. des Som.*, 1917, p. 488 ; 1368-1918, K. W., p. 197, *Rec. des Som.*, 1907, p. 486.

(2) Déc. 89-1913, K. W., p. 192, *Rec. des Som.*, 1894-1885, p. 481 ; Déc. 2120-1915, K. W., p. 195, *Rec. des Som.*, 1887, p. 482.

(3) Déc. 1436-1917, K. W., p. 191, *Rec. des Som.* 1871, p. 478.

donc été injuste de le frustrer de son droit de préférence. Ainsi le Ta li yuan a décidé que le créancier hypothécaire postérieur en date et de bonne foi serait payé proportionnellement à sa créance. Il s'en suit que si la créance du créancier hypothécaire postérieure en date est la plus importante, il primerait le créancier hypothécaire antérieur mais dont la créance est moindre (1).

Il en est de même en ce qui concerne le droit de suite au cas de vente de l'immeuble hypothéqué. Une décision de compromis est rendue par le Ta li yuan aux termes de laquelle si l'immeuble hypothéqué périt par cas fortuit le créancier hypothécaire partage la perte avec l'acquéreur postérieur en date et de bonne foi (2).

(1) Déc. 1245-1915, K. W., p. 189, *Rec. des Som.* 1872, p. 478.

(2) La Cour Suprême a abandonné ses solutions de compromis. Elle a décidé que les droits du créancier hypothécaire sont efficaces en toute circonstance. « Le droit d'hypothèque doit produire son effet de droit réel. Dans les districts où le règlement de la publicité des immeubles n'est pas encore en vigueur, le fait que l'acheteur ou l'acquéreur du *tien* avait ignoré de bonne foi l'hypothèque antérieurement constitué sur l'immeuble, ne doit pas modifier l'étendue du droit d'hypothèque existant. » (1265-1935.)

CONCLUSION

Le caractère essentiel de l'ancien droit chinois est une opposition très marquée entre le droit écrit et le droit coutumier. Les lois impériales portent l'empreinte de l'idéal confucéen : elles semblent être plutôt les reflets de pensées philosophiques que le résultat des recherches de juristes spécialisés. Le principe *yi* domine l'ancien droit chinois. Ce principe est le fondement et la fin de toute disposition légale : la loi écrite n'est que son application pratique et sa sanction. Dans le droit privé le principe *yi* est la source primordiale des obligations et en dicte les sanctions (1). La vie privée est trop complexe, un système de droit, si parfait soit-il, risque de présenter des lacunes ; édicter des règles juridiques imparfaites, c'est permettre l'abus du droit : le principe *yi* commandera en toute circonstance une solution équitable. D'où l'extrême simplicité des règles légales de l'ancien droit chinois et l'absence presque totale de dispositions de droit privé.

A défaut de règles légales dans le domaine du droit privé, la coutume a édifié un système très complexe du droit des obligations, particulièrement en ce qui concerne la formation des contrats. Cette complexité était due à l'importance croissante de la vie collective. Il en résulta des règles gênantes pour la libre manifestation de volonté des individus et pour la circulation des biens dans le pays.

(1) « Dans l'obligation civile, la règle morale est tout. » (J. Escarra, *op. cit.*, p. 70.)

(2) Cf. J. Escarra, *op. cit.*, p. 76.

Et surtout la coutume, l'ensemble des règles, spontanément issues des besoins de la vie sociale se montra souvent imparfaite.

Le Ta li yuan a su utiliser l'héritage que lui laissait l'ancien régime. Des lois impériales en vigueur à l'époque de son fonctionnement, il a gardé l'idéologie juridique faite d'un esprit d'humanité et d'équité : la jurisprudence du Ta li yuan abonde en décisions de compromis qui montrent le souci de ses juges de maintenir un juste équilibre entre les intérêts en litige (1). Cette idéologie forme l'essence de la mentalité juridique chinoise traditionnelle.

Le perfectionnement du droit moderne offre une sécurité juridique dont la société contemporaine a besoin. Le pouvoir arbitraire des anciens magistrats, au contraire, présentait un grand danger pour les intérêts privés. Toutefois il est bon de rappeler au législateur chinois moderne que la loi qu'il édicte est destinée à être appliquée aux hommes. Si dans l'ancien droit les magistrats chinois, guidés par le principe *yi*, devaient chercher des solutions équitables dans leur inspiration personnelle, et créer ainsi une grande insécurité pour les justiciables, il ne faut pas que le législateur chinois moderne exagère en sens contraire en séparant complètement le droit de la morale. Une certaine liberté doit être laissée au juge qui puisera dans les règles morales des solutions capables de remédier à des situations conformes à la lettre du droit, mais contraires à la justice (2).

C'est la recherche et la réalisation de cet équilibre entre

(1) Voir, par ex., la décision d'interprétation n° 1359 rapportée *supra*, p. 45.

(2) Cf. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*. Introduction.

le droit et la morale qui font la valeur des décisions du Ta li yuan (1).

L'insuffisance des lois impériales ne découragea pas les juges du Ta li yuan, ils enregistrèrent attentivement toutes les coutumes locales invoquées devant eux, au sujet des litiges sur lesquels ils avaient à statuer. Ils accueillèrent les unes, supprimèrent les autres, dégagèrent leurs principes communs, réalisant ainsi l'unification du droit chinois. Et quand l'une et l'autre sources se montraient insuffisantes ils empruntaient des principes aux droits occidentaux sous le nom de « principes généraux ».

Ainsi le droit des obligations qui est pour ainsi dire la création de la jurisprudence du Ta li yuan abonde en emprunts aux principes du droit occidental. Sous l'influence de ce dernier, le Ta li yuan a dégagé autant les règles techniques que les règles de principes, concernant les conditions de formation et de validité des contrats : la manifestation de la volonté, la théorie des vices du consentement, les effets du contrat, l'exécution de l'obligation, la théorie des dommages-intérêts, la théorie de la réparation pécuniaire du dommage causé, en somme toute la théorie des obligations.

Les règles qui sont empruntées au droit occidental ont été adaptées et vivifiées par une application et une interprétation purement chinoises.

Il convient d'insister tout spécialement sur l'importance des principes de l'autonomie de la volonté et de la responsabilité civile, dégagés par la jurisprudence du Ta li yuan. Ces principes exercent et exerceront une influence profonde dans la transformation du droit chinois non seulement au point de vue technique, mais encore et surtout au point de vue psy-

(1) « J'ai souvent affirmé mes préférences pour certaines décisions du Ta li yuan, l'ancienne Cour Suprême de Pékin, qui me semblent avoir fait un dosage admirablement équilibré, et de la règle de droit et des notions confucéennes. » (J. Escarra, *op. cit.*, p. 445.)

chologique et social. L'homme, dont la volonté déclarée est respectée par tout le monde, y compris le juge même, n'est plus un rouage dans l'ordre universel, il devient un centre indépendant pourvu de ses droits subjectifs. L'obligation imposée à l'auteur du dommage de la réparer, obligation dénuée de tout caractère pénal, assure la liberté de l'homme, mais le rend pécuniairement responsable de ses actes. C'est la conséquence du principe de l'individualisme : l'homme est libre d'agir à sa guise, mais il en supporte les conséquences. Ces principes doivent contribuer à former, d'une part, la personnalité juridique des citoyens de la Chine moderne, d'autre part, une mentalité juridique chinoise proche de la mentalité juridique occidentale. L'avenir montrera la portée et l'importance des réformes accomplies par le Ta li yuan (1).

■

* *

Sans doute quelques unes des décisions rapportées dans notre étude peuvent-elles paraître parfois contradictoires. Il ne faut pas s'en étonner. Dans l'introduction, nous avons dit que les premiers juges du Ta li yuan étaient les anciens lettrés, ils n'étaient donc pas juristes de formation. Ils eurent pour premiers successeurs les juristes qui firent leurs études de droit au Japon, en Europe et en Amérique. Mais si l'on songe qu'en Europe ce sont des magistrats à cheveux blancs qui forment les Cours Suprêmes, érudits spécialisés dans la science juridique et riches d'expérience, on conçoit quel immense effort ont réalisé ces jeunes juristes qui, dès la fin de leurs études dans les Universités étrangères, ont dû, de retour dans leur pays, assumer les hautes fonctions et la tâche difficile de la juridiction suprême.

(1) Cf. J. Escarra, *Les transformations du droit chinois dans la législation et la jurisprudence, passim* ; *Le Droit chinois*, p. 269.

APPENDICES

Le Ta li yuan a rendu au cours de son fonctionnement (1912-1928), 2.012 décisions d'interprétation, désignées sous le signe *t'ong* (1). La plupart de ces décisions sont rendues dans le domaine du droit pénal. Il n'y a qu'un petit nombre de décisions se rapportant au droit civil qui ont pour objet des contestations en matière d'obligation. Ces décisions sont intéressantes ; elles montrent le passage de la jurisprudence du Ta li yuan de l'ancien droit au droit moderne. Les demandes d'interprétation que les organes adressaient au Ta li yuan, étaient suscitées en général par l'insuffisance de l'ancien droit et l'opposition entre les principes de l'ancien droit et ceux du droit moderne : bien que dépourvu de forme officielle, simple projet de code, le droit moderne en effet était constamment invoqué devant le Ta li yuan.

Les demandes exposaient souvent deux opinions se rapportant aux moyens invoqués par les parties en litige : l'une se

(1) V. Kouo Wei, *Ta li yuan kiai che li ts'üan wen*, *Recueil des décisions d'interprétation*.

Après le transfert de la capitale à Nankin, la Cour Suprême fonctionna sous le nom de *Tsouei kao fa yuan*. Les décisions d'interprétation rendues par le *Tsouei kao fa yuan* sont désignées sous le signe *kiai*, elles sont au nombre de 245. La loi de 1929 retira au Président de la Cour Suprême le pouvoir d'interprétation des lois et l'attribua au Yuan judiciaire ; désormais les décisions d'interprétation portent le signe *yuan*, les décisions publiées sous ce signe dépassent 1500.

fondant sur l'ancien droit, l'autre s'inspirant des principes du droit moderne. Parfois une troisième opinion était exprimée : celle du juge du fond.

Nous donnerons ici les traductions des décisions du Ta li yuan qui ont été citées au cours de notre étude. Elles sont toutes désignées sous le signe *t'ong* sauf la décision n° 1-1929 (v. p. 259) qui porte le signe *guan* : celle-ci est rendue par décret du Yuan judiciaire. Nous y ajouterons la traduction des formules-types de certains contrats dans l'ancien droit chinois, et la traduction des deux textes de lois édictées à l'époque des Ts'ing en matière d'incendie, et enfin un index alphabétique des termes et des noms propres chinois contenus dans notre thèse. Ces termes et noms propres sont transcrits en français d'après la « Méthode de transcription française de sous chinois » rédigée par A. Vissière et adoptée par le Ministère des Affaires Etrangères français en 1901. Les numéros placés en tête de chaque terme correspondent à ceux de l'index chinois.

I. — *Traduction des décisions d'interprétation du Ta li yuan.*

Déc. n° 1254 (10 avril 1920). *Lettre adressée au Tribunal de la province de Chan-tong* (1).

A avait acheté un fonds à son neveu B, il y a 20 ans. B a remis le titre primitif du fonds entre les mains de A. A a versé une certaine quantité de grains (*po liang*) (2). Le

(1) K. W., I, p. 725.

(2) Le texte n'indique pas le but du versement des grains. Il semble qu'il s'agisse de la coutume d'après laquelle l'acquéreur de l'immeuble remettait à l'autorité publique une certaine quantité de grains

fonds faisant partie du patrimoine de A, ses fils se le sont partagé. B a assisté au partage, n'a pas contesté. Maintenant sous prétexte que les parties n'avaient pas dressé d'acte écrit, B a formé une action en contestation du droit de A.

On a émis deux points de vue :

a) L'acte écrit fait preuve de l'acte d'aliénation. Une vente entre l'oncle et le neveu ne diffère pas d'une vente entre personnes étrangères. A défaut d'acte écrit il est impossible de prouver le transfert de droit de propriété, par conséquent, l'acte d'aliénation n'est pas valable, même s'il y avait d'autres preuves.

b) L'acte écrit, preuve de l'acte d'aliénation, ne constitue pas une condition de formation du contrat. Si la vente peut être prouvée par d'autres moyens, elle n'est pas moins valable. D'autant plus que B avait remis le titre de l'immeuble entre les mains de A. La possession du titre de l'immeuble constitue la preuve du droit acquis. En outre, le versement des grains par A est considéré comme acte de publicité. Enfin B, qui avait assisté au partage du fonds, ne s'est pas opposé au partage. Toutes les circonstances prouvent suffisamment qu'on est en présence d'une vente définitive, nonobstant l'absence de l'acte écrit.

Le contrat d'aliénation des immeubles engendre des effets juridiques par le simple accord de volonté des parties.

L'acte écrit n'est pas une condition de formation du contrat (voir décision n° 1817-1915) (1). Si l'acte de vente

pour les frais du changement des titres de propriétés (v. P. Hoang, *Notions techniques sur la propriété en Chine*, p. 11-20.

(1) Kouo Wei, p. 98, *Rec. des Somm.*, 485, p. 101.

entre A et B peut être prouvé, la vente est valable. Le vendeur B n'a pas le droit de contester la validité du contrat de vente.

Décision n° 1372 (5 août 1920). *Lettre adressée
au Gouvernement de Tchahar (1).*

Une compagnie de transports A a passé avec une entreprise de voituriers B un contrat, en vertu duquel l'entreprise s'est engagée à faire transporter les marchandises. L'entreprise de voituriers a loué le service de C pour faire parvenir les marchandises à destination. Au cours de la route C a été victime d'un vol. Les voleurs retrouvés ont subi une condamnation pénale. Mais une grande partie des marchandises a été perdue.

La compagnie A a intenté une action en réparation du dommage causé par la perte des marchandises contre l'entreprise B. Cette dernière a refusé la réparation.

La facture, signée par la Compagnie A, contient une clause d'après laquelle le risque de la perte des marchandises en toutes circonstances, est à la charge du transporteur. Comme la facture n'est signée que par la compagnie A et qu'elle n'est qu'une garantie pour celui qui livre la marchandise, l'entreprise B et le voiturier C sont-ils tenus par la clause insérée dans la facture ?

L'entreprise B et le voiturier C seront tenus par la clause insérée dans la facture signée par la compagnie A, si les

(1) K. W. I., p. 806.

parties sont en rapport d'affaires antérieur et si elles ont des précédents pouvant prouver que l'acceptation, par l'entreprise et le voiturier de la facture, vaut leur adhésion aux clauses insérées dans la dite facture.

En cas contraire, la clause établissant une responsabilité excessive (l'obligation de réparer la perte fortuite) ne lie pas l'entreprise B et le voiturier C, malgré l'insertion de cette clause dans la facture.

Décision n° 1359 (6 juillet 1920). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Ki-lin (Kirin) (1).*

A et B ont passé un contrat de location d'un immeuble d'habitation, pour une durée de 10 ans pendant laquelle le preneur exploitera dans cet immeuble un commerce. Le contrat porte une clause aux termes de laquelle le bailleur n'a pas le droit pendant la durée du bail d'augmenter le loyer ni de reprendre l'immeuble.

Le preneur a installé dans l'immeuble loué une salle de jeu, commerce défendu formellement par la loi de police. Il a été incarcéré, et, à sa sortie de prison, le bailleur a demandé en justice son expulsion de l'immeuble, pour avoir commis un acte illicite. La demande du bailleur a soulevé deux opinions différentes.

1° Le contrat de location conclu entre A et B avait en vue une exploitation loyale de l'immeuble. Le preneur, ayant installé un commerce défendu par la loi, a commis un acte illicite et contraire à l'ordre public, et, en outre, l'acte est sus-

(1) K. W. I., p. 798, 799.

ceptible de causer préjudice au bailleur. Le contrat de bail doit donc être annulé.

2^o Le contrat est passé pour une durée déterminée (10 ans). Quoi qu'il arrive les parties sont tenues de respecter la clause du contrat. D'ailleurs, le preneur a subi sa peine en vertu de la loi répressive, et il semble qu'on ne devrait pas empirer davantage sa situation. Une solution contraire créerait un précédent qui permettrait d'expulser toutes les personnes ayant subi antérieurement une condamnation pénale. Celles-ci, privées de ressources, seraient jetées dans la rue. En l'espèce, le bailleur, lié par la clause du contrat, veut profiter de l'occasion pour rompre le bail afin de relouer son immeuble à un loyer plus élevé. La demande du bailleur est inspirée par la mauvaise foi et doit être rejetée.

La question concerne des points juridiques importants et nécessite une interprétation.

Attendu que le contrat de location est passé pour une durée déterminée et attendu que l'acte illicite commis par le preneur n'a pas causé de préjudice au bailleur, celui-ci ne peut pas se prévaloir de cet acte pour faire annuler le contrat.

Décision n^o 1327 (10 juin 1920). *Lettre du Ta li yuan adressée à son Parquet.*

La Cour Suprême vous accuse réception de votre lettre transmettant le télégramme du Procureur du Tribunal Supérieur de la province de Moukden ainsi conçu :

« La banque A, en vue d'augmenter son capital, faisait souscrire à ses actions au moyen de prêts. Les maisons B et C ont emprunté à la banque, chacune une somme de 10.000 dollars. L'acte de prêt porte sur 20.000 dollars : les commerçants ont reçu au comptant 10.000 dollars et le reste de la somme (10.000 dollars) est considéré par la banque comme une souscription à ses actions, et par les commerçants comme un prêt sans que l'argent leur soit effectivement versé.

« Peu de temps après, l'autorité provinciale intervient pour contraindre la banque à racheter ses billets. Finalement la banque ferme. Ainsi la banque n'a pas eu le temps de distribuer ses actions. Comme elle n'avait pas assez d'encaisse, elle s'est adressée aux commerçants, exigeant le remboursement des actions qu'ils avaient souscrites. Les commerçants ont répondu que la banque, sachant qu'elle était près de l'insolvabilité, a trompé ses clients en les faisant souscrire aux actions : elle a commis une escroquerie. Comme les commerçants étaient loin de la ville où se trouvait la banque, ils ne pouvaient savoir la véritable situation de la banque.

« L'affaire se trouvait devant l'autorité provinciale depuis deux ans. La banque n'a pu racheter les billets émis par elle. Les commerçants ont payé les 10.000 dollars qu'ils devaient, et il y a 10 maisons commerciales qui ont souscrit de cette façon et qui refusent de rembourser les actions.

« Le gouvernement de la Province, n'ayant pas trouvé une solution, a transmis l'affaire à notre Cour en vue d'une décision judiciaire.

« Le fait est que la banque n'avait pas un capital suffisant et voulait faire souscrire les commerçants à ses actions au moyen de prêts. De leur côté, les commerçants d'une

(1) Kouo Wei, p. 777.

ville éloignée où l'argent liquide est rare, étaient contents de trouver les sommes dont ils avaient besoin et en même temps souscrivaient ainsi aux actions. Les prêts faits par la banque sont de 20.000 dollars dont la moitié, 10.000 dollars, a été versée aux emprunteurs en billets émis par la banque elle-même ; pour les autres 10.000 dollars, les commerçants ont souscrit comme actionnaires. Mais l'acte de prêt portait, comme montant du prêt, la somme de 20.000 dollars à l'intérêt de 15 % par an. Le dividende des actions a été fixé à 6 % par an. Les commerçants qui avaient ainsi souscrit devaient payer, en somme, à la banque l'intérêt 9 % pour la somme prêtée, c'est-à-dire la différence entre le dividende et l'intérêt dû (1).

« De nombreuses banques de Moukden faisaient souscrire de même façon à leurs actions au moyen de prêts.

« D'autre part, si l'on considère les commerçants comme de véritables actionnaires, ils seront, dans ce cas, tenus de payer les actions souscrites par eux. Comme la banque est prête à faire banqueroute, la perte subie par les commerçants pourra les entraîner à l'insolvabilité, ce qui aura répercussion sur l'état du marché en général. Si l'on estime que les commerçants ont été victimes de la fraude de la banque, ils seront dispensés de rembourser les actions souscrites. Dans ce cas on pourra craindre que tous les commerçants ne se prévalent de cette dispense et que la banque ne soit jamais en état de racheter ses billets. Quelle solution faudra-t-il donner en l'espèce ? La banque commet-elle une escroquerie ou les commerçants manquent-ils à leur engagement ? Des

(1) Il semble que l'emprunteur devait donc payer, d'une part, un intérêt de 15 % pour la somme de 10.000 dollars qui lui avait été remise ; d'autre part, un intérêt de 9 % pour la partie du prêt souscrite aux actions.

problèmes analogues surgissent dans d'autres provinces et soulèvent une question juridique importante, nous prions la Cour Suprême de nous donner une interprétation. »

L'escroquerie prévue par le Code pénal consiste en tromperies frauduleuses par lesquelles un individu se fait remettre des choses qui ne lui appartiennent pas. Ces tromperies ont pour but d'induire une autre personne en erreur en vue d'un gain.

Si la banque se rendait compte de l'insuffisance de son capital, de l'importance de son déficit et de l'imminence de son insolvabilité et employait, cependant, des manœuvres frauduleuses pour tromper les tiers et pour leur faire croire aux avantages de la souscription, le procédé de la banque constitué une escroquerie.

Si au contraire, dans les agissements de la banque il n'y a pas l'intention de tromper les tiers, il n'y a pas alors d'escroquerie. Chacun est libre de souscrire aux actions d'une société.

En ce qui concerne la partie civile, les sommes souscrites étant fournies par la banque même, à titre de prêts, les actions sont en fait remboursées, et il ne s'agit que de prêts dus à la banque. Il faut rechercher dans les contrats de prêts et dans la souscription aux actions s'il y a eu ou non fraude. En cas de fraude les actions seront annulées et les dividendes seront remboursés. En cas contraire, les emprunteurs seront obligés de payer leurs dettes.

Décision n° 1137 (21 novembre 1919). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Ki-lin (1).*

A a passé avec le voiturier B un contrat de transport par terre de marchandises. Le voiturier est tenu par une clause expresse, insérée dans le contrat, de remplacer la marchandise en cas de perte, de détérioration pendant la route. Les pluies incessantes ont rendu difficiles les moyens de communication par terre. Le voiturier a transporté les marchandises par eau. Au milieu du trajet une partie des marchandises a été volée. A a intenté une action contre le voiturier pour réparation du dommage causé par la perte des marchandises, perte provenant de la violation par le voiturier du contrat ; car il a transporté les marchandises par eau, alors que le contrat portait sur le transport par terre. Le voiturier a refusé de répondre de la perte des marchandises prétendant que le vol constitue un cas fortuit, par conséquent il est dégagé de sa responsabilité.

Le voiturier est-il responsable ? Le Tribunal Supérieur de la province de Ki-lin prie la Cour Suprême de donner une interprétation.

Le voiturier et son employé sont tenus à la garde des marchandises prises en transport. Si le voiturier ne peut pas prouver que la perte n'est pas due à sa négligence, il sera tenu pour responsable de la perte des marchandises, et par conséquent il sera obligé de réparer le dommage causé. Il existe des décisions de notre Cour sur ce point.

(1) K. W. I., p. 646.

En l'espèce le contrat passé entre les parties indique expressément le moyen de transport. Cependant, le voiturier a modifié par sa seule volonté le moyen de transport ; il a donc violé le contrat. Et même, indépendamment de la violation du contrat, le voiturier sera tenu pour responsable de la perte des marchandises s'il est prouvé que la perte est due à sa négligence.

Décision n° 1333 (14 juin 1920). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Ho-nan* (1).

La Cour Suprême accuse réception au Tribunal Supérieur de la lettre n° 685 ainsi conçue :

« Nous avons reçu l'avis du Président du Tribunal local de Lo-yang demandant une interprétation concernant l'affaire suivante :

« L'établissement A reçoit chaque mois ses subventions de l'établissement B se trouvant dans une autre ville, par intermédiaire d'une maison financière C. La maison C envoie son agent à la ville, l'agent présente une quittance signée par l'établissement A, et l'établissement B lui verse de l'argent destiné à l'établissement A. Une somme d'argent sera payée à la maison C comme rémunération du service rendu.

« Ainsi l'agent de la maison C ayant présenté la quittance signée par l'établissement A, a reçu une somme d'argent destinée à ce dernier. En cours de route l'argent a été volé.

« L'établissement A estime que, du moment que l'argent a été versé à l'agent de la maison C, l'établissement B est libéré

(1) K. W. I., p. 782.

complètement de son obligation. L'agent de la maison C ayant l'argent en mains en a la garde, il doit y veiller pendant la route. Le vol provient de son imprudence. Il n'y a pas de cas fortuit. Comme l'agent a été envoyé par la maison C, celle-ci est responsable de la perte et devra indemniser l'établissement A. La maison se couvrira en poursuivant les voleurs.

« L'opinion citée est-elle juste, nous prions la Cour Suprême d'en donner une interprétation. »

La maison financière C s'est engagée à faire parvenir des sommes d'argent à l'établissement A. S'il y a des preuves que l'agent n'a pas apporté la diligence d'un bon administrateur, le vol ne constitue pas un cas fortuit. Dans ce cas, la maison financière C doit être condamnée à une indemnité. En cas contraire (s'il n'y a pas de preuve de l'imprudence de l'agent) la maison n'est pas responsable.

Décision n° 1910 (29 avril 1925). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Kiang-sou* (1).

En vertu d'un contrat de vente ayant pour objet des marchandises les parties ont décidé qu'à la date déterminée l'acheteur cherchera les marchandises et le vendeur recevra le prix fixé par le contrat. A l'arrivée de la date les marchandises ont baissé de valeur. L'acheteur tarde à prendre les

(1) K. W. I., p. 1109.

marchandises qui risquent de périr. Le vendeur peut-il revendre ces marchandises à une autre personne et intenter une action en dommages-intérêts contre l'acheteur ?

La partie à un contrat de vente étant elle-même prête à exécuter la prestation promise, après la sommation faite à l'autre partie qui tarde à exécuter la sienne, peut demander la résolution du contrat et a le droit aux dommages-intérêts. Le contrat déclaré résolu, le vendeur pourra revendre les marchandises.

Décision n° 943 (11 mars 1919). *Lettre adressée à la Division du Tribunal Supérieur de la province de Hou-pei* (1)

La Cour Suprême accuse réception de la lettre n° 7 concernant les deux points juridiques suivants :

1° Le créancier nanti ou hypothécaire a-t-il droit de préemption sur la chose affectée à la garantie (en cas d'adjudication) ? S'il a ce droit, en cas de conflit avec le droit de préemption des parents, droit reconnu par la coutume, qui, du créancier ou des parents aura définitivement ce droit ? Et entre le créancier nanti et le créancier hypothécaire, qui aura ce droit de préemption ?

2° Les deux frères A et B possédaient un patrimoine commun (la succession n'avait pas été partagée). Le patrimoine était administré par A. Les dettes personnelles de B, con-

(1) K. W. 1., p. 524.

tractées pendant la période de communauté pour ses propres besoins, doivent-elles être payées sur les biens de la communauté ou sur ceux du lot de B ?

1° Le contrat *lien* et les contrats de nantissement confèrent au titulaire du *lien* et au créancier nanti un droit de jouissance sur l'objet de ces contrats, droit qui, correspondant aux intérêts des deux parties, n'est pas contraire à l'intérêt général. Aussi la coutume reconnaît-elle au titulaire du *lien* et au créancier nanti le droit de préemption. D'autre part, il faut reconnaître ce droit de préemption aux copropriétaires, tels que frères ou membres d'une société.

Le droit de préemption du créancier hypothécaire et des parents, qui n'ont pas un droit de jouissance direct sur l'immeuble, bien que ce droit soit reconnu par la coutume, constitue une entrave à la libre circulation des biens dans le pays et doit être, par conséquent, supprimé. Il existe des décisions de notre Cour sur ce point. (3 et 239-1913.)

En cas de conflit entre les droits de préemption des créanciers nantis, le créancier nanti, dont le droit de garantie aura été constitué antérieurement, aura la préférence, conformément aux « principes généraux ».

2° Les dettes personnelles d'un copropriétaire ne peuvent être payées que sur les biens alloués à son lot. Les dettes personnelles d'un des copropriétaires ne doivent pas porter préjudice aux autres.

Décision n° 147 (18 juillet 1914). *Lettre du Ta li yuan adressée au Ministère des Finances* (1).

La Cour Suprême accuse au Ministère des Finances réception de la lettre concernant la question suivante :

« Une créance est garantie par un titre de l'immeuble ; l'administration et la jouissance de l'immeuble sont tantôt attribuées au créancier, tantôt laissées au débiteur. Si l'immeuble périt par cas fortuit, la perte doit-elle être supportée par le débiteur ? »

Lorsqu'un immeuble garantit une créance, sans distinguer si le créancier est mis ou non en possession de l'immeuble (hypothèque ou antichrese) et si l'immeuble périt par cas fortuit, la perte est à la charge du débiteur. Le créancier ne perd que la garantie de sa créance : la créance garantie devient une créance ordinaire.

La Cour prie le Ministère de transmettre la réponse ci-dessus pour qu'elle soit prise en considération.

Décision n° 778 (3 mai 1918). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Hou-peï* (2).

La Cour Suprême a reçu votre lettre concernant l'affaire suivante :

A voulait acheter une terre à B qui ne désirait pas la

(1) K. W. I., p. 98.

(2) K. W. I., p. 435.

lui vendre. A a alors acheté une quantité d'aiguilles et en a jonché la dite terre. B, craignant de se blesser, a laissé son champ inculte. Le Code pénal n'a pas prévu un délit semblable. La Cour Supérieure de la province de Hou-pei prie la Cour Suprême de donner une interprétation.

L'acte commis par A, à défaut de texte formel du Code pénal, ne constitue pas un délit : mais les dommages subis par B résultant du fait qu'il n'a pu cultiver son champ peuvent faire l'objet d'une demande en dommages-intérêts.

Décision n° 787 (15 mai 1918). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Chan-tong* (1).

Nous avons reçu votre lettre n° 274-1918 transmettant la demande du chef du *hien* de Sin-tai concernant l'affaire suivante :

A avait été blessé par B pour l'avoir volé. Par la suite, A s'est suicidé ayant du remords de son acte ; le père de A voulait poursuivre B devant le tribunal répressif. Après l'intervention d'intermédiaires, le père du défunt a reçu une somme d'argent en conciliation, à condition qu'il ne poursuive pas B. Mais six mois plus tard, le père a recommencé la poursuite.

Le père est-il toujours en droit de poursuivre B, après avoir reçu une somme d'argent en conciliation ? Ou doit-il restituer la dite somme ?

(1) K W. I., p. 435.

Deux points de vue se présentent :

1° B. a porté atteinte à la vie de A, il est tenu de payer les frais funéraires conformément à l'article 968 du Projet de code civil. La somme reçue par le père en constitue l'acquiescement.

2° B a blessé A, il doit être poursuivi devant le Tribunal répressif et il n'est pas tenu civilement. D'après l'article 313 du Code pénal, il ne peut être condamné à aucune amende. La somme reçue par le père doit être restituée.

Lequel de ces points de vue est plus juste ? Le Tribunal Supérieur de la province de Chan-tong prie la Cour Suprême de donner une interprétation.

L'auteur d'un acte illicite est tenu envers la victime ou les parents de celle-ci de réparer les préjudices causés dans la mesure où l'acte commis est la cause du préjudice subi.

B a blessé A, il est tenu de payer les frais médicaux et de réparer pécuniairement le préjudice moral causé à la famille de A. (V. Décisions contentieuses. La réparation pécuniaire d'un préjudice moral est subordonné à la condition d'impossibilité de restituer les choses en l'état.)

A s'était suicidé, par la suite, pour cause de remords de conscience, il n'y a pas de lien de causalité directe.

En ce qui concerne la somme reçue par le père doit être restituée ou non, il faut chercher à savoir, si B n'était pas en cas de légitime défense lorsqu'il a blessé A. Si B, n'étant pas obligé de se défendre, a blessé A, il est tenu de réparer pécuniairement le dommage causé. Dès lors, le père conserve la somme reçue dans la mesure du préjudice subi. Au cas contraire, il doit la restituer.

Décision n° 1258 (19 avril 1920). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Hou-peï* (1).

La Cour Suprême accuse réception au Tribunal Supérieur de la province de Hou-peï de la lettre n° 28 transmettant l'avis du Préfet, M. Li Yeou-yuan, ainsi conçu :

« A avait une maison de 4 pièces ; il en occupait une, les trois autres étaient louées à un locataire B. Le propriétaire a eu l'imprudence de mettre le feu en fumant. La maison et tout ce qui se trouvait dedans : meubles et vêtements du propriétaire et du locataire ont été brûlés. Le locataire a intenté une action en dommages-intérêts. Il a évalué ce qu'il avait perdu dans l'incendie à plus de 1.000 dollars. Deux points de vue différents ont été émis sur la question de la responsabilité de l'auteur de l'incendie :

1° Aux termes des lois en vigueur, au chapitre des délits divers, en cas d'incendie involontaire ou d'incendie par communication des maisons appartenant tant à l'Etat qu'aux particuliers, l'auteur de l'incendie subira la peine du 5^e degré ; il n'est tenu d'aucune indemnité pécuniaire. En vertu des dispositions concernant les greniers, en cas d'incendie, d'inondation, de vol et de brigandage — circonstances imprévues — les administrateurs et les gardiens, à condition de prouver clairement ces circonstances, sont dispensés de toute responsabilité. Sous l'Empire, les greniers du Gouvernement étaient considérés comme plus importants que les propriétés privées et, cependant, les dommages résultant de l'incendie de ces greniers ne soulevaient pas de question de réparation. Il va de soi qu'aucune indemnité n'était due au cas où il

(1) K. W. I., p. 727, 728.

s'agissait de propriété privée. Enfin, une ordonnance de K'ien long (1) dispense le locataire de toute responsabilité en cas d'incendie involontaire ; en cas d'incendie par communication la même ordonnance autorise le propriétaire, au cas où celui-ci a reconstruit la maison et l'a relouée à une tierce personne, à rembourser 1/3 des arrhes versées par le locataire primitif. Ainsi en cas d'incendie involontaire ou d'incendie par communication, le locataire est exonéré de la responsabilité de réparer le dommage causé par l'incendie.

« D'autre part, les lois en vigueur sont très précises en ce qui concerne l'incendie intentionnel ; l'auteur de l'incendie intentionnel est puni de peine et il est tenu de réparer le préjudice.

« Si la loi n'a pas prévu l'indemnité dans les cas précédents, ce n'est pas une lacune. L'incendie peut se communiquer à un certain nombre de maisons et peut entraîner, par conséquent, des dégâts considérables ; il serait trop dur d'infliger à l'auteur d'un incendie involontaire ou à celui à qui le feu a été communiqué d'en réparer toutes les conséquences préjudiciables, et en fait cela serait souvent matériellement impossible. Au point de vue humain, il ne peut être question d'indemnité. Ainsi dans la présente affaire, quelle que soit l'importance du préjudice subi par B et quelle que soit l'origine du feu, A ne doit pas être tenu de réparer.

« 2° Pour résoudre la question d'indemnité des dommages causés par l'incendie involontaire ou par communication, il faut distinguer selon la gravité de la faute. Aux termes de la décision du Ta li yuan n° 353-1911, la faute en cas d'incendie peut être lourde, ordinaire et légère. En cas de faute ordinaire et de faute légère, l'auteur de l'incendie est exo-

(1) V. *infra*, p. 176.

nére de l'obligation de réparer le dommage causé. Par contre, il est tenu pour responsable en cas de faute lourde. En vertu de cette décision, en cas d'incendie consécutif à l'imprudence du titulaire du *tien* le droit de celui-ci s'éteint, et le propriétaire est dispensé de rembourser le prix du *tien* (cas de faute lourde). Le prix du *tien* que le propriétaire de l'immeuble est dispensé de rembourser est considéré comme indemnité pour perte de la chose ; ainsi le non remboursement n'est pas sans fondement. Il s'ensuit que l'auteur de l'incendie n'est responsable que lorsqu'il a commis une faute lourde. Cette règle est énoncée dans le deuxième alinéa de l'article 945 du Projet de code civil. L'article 945, premier alinéa est ainsi conçu : « Celui qui porte atteinte illégale « au droit d'autrui volontairement ou par sa faute est tenu « de réparer le dommage causé. » Le deuxième alinéa de l'article : « La disposition précédente n'est pas applicable au « cas d'incendie, sauf si l'incendie résulte d'une faute « lourde ». La loi japonaise édictée en la 32^e année de Meiji (1899), loi n° 40, énonce le même principe : « En cas d'incendie, l'auteur de l'incendie n'est tenu pour responsable que lorsqu'il a commis une faute lourde ». Il n'y a aucun doute que la faute lourde inflige à l'auteur de l'incendie l'obligation de réparer les dommages causés.

« Dans le cas qui nous intéresse nous n'avons ni loi, ni coutumes ; mais nous avons des principes généraux qui lui sont applicables.

« De même du point de vue moral. Si le feu éclate, par exemple, dans un cimetière pendant une cérémonie et que l'incendie atteigne les habitations des indigents qui l'entourent et n'ont pas de quoi reconstituer leur abri, la conscience de celui qui est l'auteur de l'incendie doit lui dicter de réparer les dommages causés. Si l'auteur de l'incendie, éco-

nomiquement, n'est pas en mesure de le faire, c'est un fait qui ne doit pas ébranler le principe de droit.

« Les lois en vigueur infligent à l'auteur de l'incendie volontaire de réparer tous les dommages causés par le feu, mais la loi ajoute que si l'auteur de l'incendie volontaire est dénué de toute ressource, il peut être exonéré de sa responsabilité civile. La dernière règle peut être aussi bien appliquée à l'auteur de l'incendie par imprudence. Pénalement, il y a à distinguer, s'il y a ou non intention. Au point de vue du droit civil il y a un acte dommageable, un préjudice subi, considéré en soi et indépendamment de la question d'intention.

« Dans l'espèce, si le propriétaire a commis une faute lourde il doit réparer le dommage causé ; il en sera exonéré s'il n'a commis qu'une faute ordinaire ou légère. Le degré de gravité de faute est une question de fait.

« Nous croyons que deuxième point de vue est plus juste. Il s'agit d'interprétation de droit, nous prions la Cour Suprême de nous donner son opinion.

Conformément à l'esprit du Projet de code civil (1911) la Cour Suprême approuve le deuxième point de vue. L'auteur de l'incendie est tenu pour responsable en cas de faute lourde.

Décision n° 1287 (10 mai 1920). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Ngan-houei* (1).

La Cour Suprême accuse au Tribunal Supérieur de la province de Ngan-houei réception de la lettre concernant la question suivante :

2) Dans les annales du district X figure le nom de A comme *wou kiu* (2) ayant été rayé des cadres. A prétend qu'il a été depuis réhabilité et demande qu'on rectifie les annales. L'administration refuse de le faire alléguant que la réhabilitation n'a pas eu lieu. A porte l'affaire devant la justice du *hien*. La demande est rejeté pour la raison que l'affaire n'est pas de la compétence des tribunaux judiciaires. A en a appelé à notre Tribunal. Le Tribunal Supérieur de la province de Ngan-houei prie la Cour Suprême de faire connaître si la question est du ressort du tribunal civil ou administratif ?

2) Nous conformant au principe qui est à la base de l'article 51 du Projet de code civil (3), nous considérons que la réhabilitation de A en qualité de *wou kiu* met en jeu sa bonne réputation, il a certainement le droit d'intenter une action civile contre l'historiographe du district pour faire cesser le préjudice qui lui a été causé.

(1) K. W. I., p. 745.

(2) Grade des fonctionnaires militaires du temps de l'Empire.

(3) L'art. 51 du Projet de code civil reconnaît à l'individu le droit à la personnalité.

Décision n° 722 (21 décembre 1917). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de Pékin* (1).

La Cour Suprême vous accuse réception de la lettre n° 432 ainsi conçue :

« Depuis la dispense accordée par le Gouvernement aux banques *Tchong-kouo* et *Kiao-l'ong* de rembourser les billets en espèces métalliques la question suivante se pose, à savoir : en quelle monnaie doit être calculé le montant de la dette au cas où le jugement porte sur une somme d'argent inscrite en dollars ou en *taëls*, mais ne spécifie pas, si le remboursement doit être effectué en billets ou en espèces ?

« La question soulève sans cesse des contestations et fait l'objet de nombreux litiges. Il semble que pour répondre à cette question, il faut décider d'abord si les billets de banque sont ou non au pair avec la monnaie métallique. Un décret gouvernemental, afin de maintenir le cours forcé du papier-monnaie, autorisa les particuliers à effectuer les paiements, dans les opérations ayant pour objet des fonds publics, avec les billets ; ainsi aux termes du décret les billets sont équivalents de la monnaie métallique. Mais en fait, dans les transactions civiles et commerciales, les paiements des sommes d'argent sont effectués en billets au cours de la monnaie métallique, sauf s'il y a une clause contraire ou une convention spéciale entre les parties sur ce point. Le papier-monnaie est réduit à ne plus avoir ou à n'avoir plus que partiellement de force libératoire. Chacune des parties pourra proposer le mode de paiement qui lui est le plus favorable et ses prétentions pourront être défendables. La question néces-

(1) K. W. I., p. 396.

site une interprétation uniforme et nous prions la Cour Suprême de nous donner son opinion ».

Considérant que les banques *Tchong kouo* et *Kiao t'ong* sont dispensées de rembourser en espèces métalliques les billets émis par elles, tous les paiements doivent être effectués au cours du marché afin de ne pas porter préjudice au créancier.

Décision n° 855 (6 septembre 1918). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Hou-nan* (1).

La Cour Suprême vous accuse réception de la lettre 139 transmettant l'avis du Préfet de Tche-li ainsi conçue :

« Depuis l'année dernière le papier-monnaie se déprécie alors que les sapèques montent. L'écart entre ces deux monnaies est très sensible. La question soulève sans cesse des contestations entre les parties.

« Il s'agit du litige entre A et B. A a cédé en 1913 son champ à B par le contrat de *tien* (2). Le prix du *tien* est indiqué dans l'acte écrit, en *koan-p'iao*. En décembre dernier A a voulu payer le prix du *tien* en *koan-p'iao* et reprendre son terrain. B a demandé en compensation que lui soit payée la différence du cours des *koan-p'iao* et des sapèques métalliques. Au refus de B de payer la différence un litige s'est élevé entre les deux parties.

(1) K. W. I., p. 471.

(2) Sur la notion de *tien*, v. p. 102.

« La banque de Hou-nan est une banque d'Etat. Les billets émis par la banque ont actuellement le cours de la sapèque métallique : 30 sapèques en papier-monnaie. Quoiqu'on ne veuille pas reconnaître expressément la compensation de la différence des cours il n'en est pas moins vrai que cette différence existe réellement. Si l'on refuse la demande du créancier de lui rembourser une somme représentant la différence des cours, on commet une grande injustice. D'autre part, les sapèques métalliques et le papier-monnaie sont tous deux les monnaies d'Etat. Le refus de compensation de la différence des cours peut aussi être fondé.

« Aucun rapport stable n'existe entre la sapèque et le papier-monnaie. Les conventions privées ne fixent pas la base sur laquelle doit se faire la compensation, en cas de dépréciation, et la réduction, en cas de hausse du cours. Souvent les contrats ne spécifient pas si le paiement doit s'effectuer en sapèques métalliques ou en sapèques papier. Les contestations surgissent à ce sujet sans cesse. Il est difficile de trouver une solution équitable. La diversité des solutions données par les différents tribunaux locaux rend la question encore plus complexe. Une interprétation (n° 722, v. *supra*, p. 143) au sujet de la compensation de la différence de cours a été donnée par la Cour Suprême. Mais cette espèce ne ressemble pas en détails à l'affaire pour laquelle est rendue la décision n° 722. Nous prions la Cour Suprême de nous donner une interprétation ».

L'affaire en espèce est analogue à celle de la décision d'interprétation n° 722 adressée au Tribunal Supérieur de Pékin. En cas de reprise de l'objet du contrat et du remboursement du prix, la différence entre le cours du jour de la con-

clusion du contrat et le cours actuel servira de base à la compensation.

Décision n° 920 (17 janvier 1919). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Hou-nan* (1).

Décision du Ta li yuan :

Les billets émis par une banque à une époque où la banque était tenue de rembourser ses billets en espèces sont assimilés à la monnaie métallique.

Plus tard, en cas de dépréciation des dits billets, la banque n'a pas le droit de refuser les paiements que voudraient effectuer ses clients-emprunteurs pour reprendre les objets affectés à la garantie de leurs dettes et des intérêts dûs.

Quant aux sommes déposées à la banque à une époque antérieure à la dépréciation des billets, la banque est obligée de les rembourser soit en espèces soit en billets, compte tenu de la différence de cours.

Lettre n° 190 du Tribunal Supérieur de la Province de Hou-nan.

Notre Tribunal a reçu l'avis du Préfet de Hien-yin, M. Tch'en Kiun, ainsi conçu :

« Le papier-monnaie de la province de Hou-nan s'est déprécié. D'après le cours actuel du papier-monnaie au marché, le taël en papier-monnaie ne vaut que quelques sapèques

(1) K. W. I., p. 511-512.

métalliques. La baisse est d'environ 20 %. La liquidation des anciennes dettes pèse lourdement sur les débiteurs, car ils doivent rembourser des sommes représentant la différence de cours. Mais la dernière question ne se pose plus vu les décisions formelles du Ta li yuan sur ce point.

« Une banque privée émettait, depuis la première année de la République, les différents billets : taël, dollar et sapèque. Les billets avaient, sur le marché, la même cote que la monnaie métallique ; d'autre part, les débiteurs de la banque faisant des emprunts avaient fourni en garantie de leurs dettes des objets ayant une valeur réelle.

« Maintenant les débiteurs viennent rembourser leurs dettes et les intérêts afin de reprendre les objets affectés à la garantie, et ils effectuent le paiement avec des billets émis par la banque. La banque refuse d'accepter le paiement.

« Sur la question de savoir si les billets émis par la banque sont recevables pour effectuer le paiement des dettes dues à la banque et par conséquent reprendre les objets laissés en garantie, on a émis deux opinions :

« 1° La banque en question n'est pas une banque d'Etat. L'émission des billets avait pour but de provoquer du marché vers la banque un afflux des valeurs réelles. La banque n'a pas le droit maintenant de refuser le paiement effectué en billets émis par elle.

« 2° L'écart du cours considérable existant entre le papier-monnaie et la monnaie métallique tient à la situation économique générale. Les billets de la dite banque ne pouvaient pas y échapper pour le paiement des dettes et la reprise des objets laissés en garantie. Il semble donc qu'il faudrait s'en tenir aux décisions du Ta li yuan pour la compensation de la différence de cours.

Les deux opinions étant opposées, nous prions la Cour Suprême de nous donner une interprétation sur ce point.

« Une seconde question est la suivante : Si le paiement des dettes dûes à la banque s'effectue avec le remboursement de la somme représentant la différence du cours, donc, dans le cas contraire, le dépôt devra lui être aussi remboursé au cours du jour de remboursement. On se demande, alors, la banque pourra-t-elle réaliser dans ses comptes, une véritable compensation entre ce qu'elle devra rembourser au client et ce que le client devra lui rembourser à titre de compensation du cours. Nous prions la Cour Suprême de nous donner également une interprétation sur ce point.

Décision n° 924 (23 janvier 1919). *Lettre adressée au Tribunal de la province de Hou-nan* (1).

Décision du Ta li yuan :

Attendu que le jugement définitif autorisant la reprise de la chose affectée à la garantie d'une créance spécifique que le paiement de la dette doit être effectué avec la monnaie métallique et attendu que la consignation a été faite en billets et qu'on n'a pas tenu compte de la différence des cours (résultant de la dépréciation des billets), il est naturel que le paiement en billets doive être effectué avec compensation de la différence représentant la dépréciation de ces billets d'après le cours du jour de l'exécution.

(1) K. W. I., p. 513-514.

Affaire :

En exécution du jugement prononcé en première instance, à la suite d'un litige contre A et B, au sujet d'une dette garantie par un fonds, le débiteur A a consigné le montant de la dette en billets, en vue de reprendre son fonds. Le Tribunal a accepté la consignation.

Le créancier B en a formé une requête et obtenu le jugement, aux termes duquel le débiteur A devait payer sa dette en argent ou, faute d'argent liquide, en billets avec compensation de la différence représentée par la dépréciation. Les parties en ont appelé et le jugement d'appel définitif a été prononcé. L'affaire est en stade d'exécution.

La question de compensation étant résolue au profit du créancier, la question qui se pose est de savoir, d'après quel cours doit être calculée la compensation, puisque les billets se sont dépréciés depuis la consignation.

Décision n° 938 (21 février 1919). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Hou-nan* (1).

Lettre du Tribunal Supérieur de la province de Hou-nan :

« Le déficit du Trésor National a eu pour conséquence la multiplication des émissions de papier-monnaie. Il est impossible de prévoir jusqu'à quel point iront la baisse du papier-monnaie et la hausse de la monnaie métallique. De toute évidence, le papier-monnaie se dépréciera encore davantage.

« En temps ordinaire, dans la région de la Sous-Préfecture,

(1) K. W. I., p. 521-522.

le papier-monnaie et la monnaie métallique vont de pair. Les variations de cours des différentes monnaies étant un événement imprévu, des contestations surgissent sans cesse au sujet des paiements, par suite de l'écart des cours.

« La question des variations du prix des immeubles faisant l'objet du contrat *tien* est prévue dans le « Règlement des liquidations des *tien tang* sur les immeubles » publié par le Ministère de la Justice, le 6 octobre 1915.

« Mais aucun texte ne traite des contrats ayant pour objets des biens mobiliers.

« Il s'agit de dettes d'argent entre le créancier A et ses débiteurs B. C. D. E. Les dettes en question ont été constituées en *t'ai p'iao*, billets provinciaux. L'acte écrit spécifie que le paiement s'effectuera en *t'ai p'iao*. Certains débiteurs se sont engagés à payer leurs dettes en grains. En cas de non paiement le créancier aura droit à la possession des champs affectés à la garantie de ces créances.

« Les dettes de B et C ont été contractées en 1916 et celles de D et E en 1917, en deux fois.

« Depuis le jour du prêt aucun des quatre débiteurs n'a encore payée d'intérêts. Actuellement les *t'ai p'iao* se sont dépréciés et B. C. D. E. ont voulu payer leurs dettes. A a refusé d'accepter les paiements. Ainsi un litige a surgi entre les parties.

« Le créancier demande, puisque les prêts sont garantis, que la moitié de ces biens soit attribuée, malgré la clause spécifiant la monnaie de paiement, notamment les *t'ai p'iao*.

« Les débiteurs font valoir le fait que l'acte écrit spécifie expressément la monnaie de paiement et prétendent que le droit de jouissance sur les biens affectés à la garantie d'une créance ne peut être transféré au créancier qu'en cas de non paiement. D'autant plus, disent-ils, si les *t'ai p'iao*, au lieu de

se déprécier, avaient augmentés de valeur, il ne serait pas question pour le créancier de refuser le paiement.

« La créance de A, quoique garantie d'une sûreté réelle, se différencie en fait du contrat *tien tang*. Même si l'on s'en tient à la lettre du contrat, la demande de A, de lui attribuer la moitié des biens de garantie, semble défendable.

« D'autre part, l'argument des débiteurs semble aussi être fondé, l'argument disant que si les *l'ai p'iao*, au lieu de se déprécier, augmentaient de valeur, les débiteurs ne seraient pas pour cela dispensés du paiement. Dans les contrats en question, le créancier n'a pas le droit de jouissance directe sur les biens de garantie comme dans le contrat de *tien tang*, mais ses créances sont garanties de sûretés réelles et le contrat prévoit en cas de non paiement un droit éventuel de jouissance pour le créancier sur les biens de garantie. Supposons que les *l'ai p'iao* aient beaucoup augmenté de valeur, il est probable que les débiteurs demanderaient de laisser au créancier les biens affectés à la garantie, cela va sans dire semble-t-il.

« Le Tribunal de la Sous-Préfecture, n'ayant pas de texte sur la question, a proposé la solution suivante : les débiteurs des dettes contractées, dans la deuxième moitié de l'année 1917, paieront 20 % en « sapèques » métalliques et 80 % en papier-monnaie ; ceux qui ont passé le contrat, dans la première moitié de la même année, paieront 40 % en « sapèques » métalliques ; et enfin ceux qui ont fait l'emprunt en 1916, paieront 50 % en « sapèques » métalliques. Les intérêts seront calculés de la même manière.

« Comme les parties ne sont pas satisfaites de la solution, une demande a été formée à notre Tribunal.

« Le paiement des obligations ayant pour objet les billets émis par les banques et dépréciés, doit être effectué aux ter-

mes de la décision d'interprétation n° 722-1917, d'après le cours du marché. Mais en l'espèce, la contestation porte sur la reprise des biens affectés à la garantie, et la dation en paiement de ces biens. Chacune des parties poursuit son propre intérêt et propose son mode de remboursement. La question nécessite une interprétation de la Cour Suprême afin que les parties s'y soumettent. »

Si les *t'ai p'iao* avaient au moment de la conclusion du contrat, tendance à se déprécier, et si les parties avaient l'intention d'effectuer le paiement en *t'ai p'iao*, quel que soit le cours de ceux-ci, le créancier n'a pas le droit de refuser le paiement, sous prétexte de la dépréciation des *t'ai p'iao*.

Au contraire, si, au moment du contrat, les *t'ai p'iao* étaient stables et si les parties les ont fixés comme mode de paiement, le créancier a le droit de refuser le paiement, si les débiteurs ne remboursent pas la différence due à la dépréciation.

A l'échéance, en cas de non paiement, le créancier pourra se faire payer sur le prix des objets de garantie.

Décision n° 1008 (31 mai 1919). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Hou-nan* (1).

Décision du Ta li yuan :

Attendu que la consignation a été faite en chèque par le

(1) K, W. I., p. 568.

débiteur et que celui-ci n'a pas subi réellement de préjudice, il est naturel qu'il ne puisse reprendre son immeuble qu'après avoir payé sa dette en monnaie métallique et d'après le cours du jour où il a déclaré vouloir effectuer le paiement.

Affaire :

Au mois de février 1916, le débiteur A avait remis son terrain en antichrèse à son créancier B, en garantie d'une dette de 6.000 taëls en billets provinciaux, *koan p'iao*. Une clause a été insérée dans l'acte de prêt qui indiquait que le paiement de la somme due s'effectuera avec les mêmes billets, quelle que soit la durée du prêt, et la valeur nominale des billets.

L'année suivante, 1917, le débiteur voulut payer sa dette et reprendre son immeuble. Le créancier refusa de livrer l'immeuble et d'accepter le paiement, sous prétexte que les billets s'étaient dépréciés. Le débiteur intenta une action en revendication de son bien et consigna la somme de 6.000 taëls en *koan p'iao*. Le jugement fut rendu par défaut des parties. Le créancier en a appelé. Contre l'arrêt du Tribunal Supérieur il a formé une requête, mais il n'a jamais comparu à l'assignation. Le Tribunal Supérieur a rejeté sa requête et le créancier en a présenté une autre.

Un an après, les billets *koan p'iao* furent supprimés par un décret du Gouvernement Provincial. Alors, le créancier demanda le paiement de sa créance en monnaie métallique.

Au sujet de la contestation trois opinions ont été émises :

1° Les parties ont prévu, par une clause spéciale, la monnaie avec laquelle le paiement devait être effectué, quel que soit le cours de cette monnaie ; elles sont donc liées par cette clause. La question est analogue à celle interprétée par la

décision n° 938 (1). D'autant plus, qu'en 1917 au moment où le débiteur voulait payer sa dette et reprendre son immeuble les *koan p'iao*, quoique dépréciés, avaient encore leur cours légal ; si le créancier avait alors accepté le paiement il n'aurait pas subi la perte par suite de la suppression de ces billets. Mais le créancier a violé la convention à laquelle il avait consenti et il a fait délibérément durer l'instance plus d'un an. Il est juste qu'il subisse les conséquences de la suppression des *koan p'iao*. Le débiteur ne peut pas en être tenu pour responsable.

2° La clause insérée dans le contrat avait pour but d'éviter les contestations en cas de dépréciation ou de hausse de la monnaie. Mais les billets supprimés n'ont plus aucune valeur et il ne peut plus y avoir de discussion sur la valeur de ces billets. Le paiement de la dette ne peut, certainement, pas être effectué avec des billets supprimés. Les parties ne sont plus par conséquent liées par la clause.

3° Au moment de la conclusion du contrat les parties ont eu soin de prévoir, par une clause, le moyen de paiement, en cas de changement éventuel du cours de la monnaie. Comme malgré la clause, le créancier a refusé d'accepter le paiement sous prétexte de la baisse du cours, il n'est pas dans son droit. Mais il n'a, peut-être, pas prévu la suppression des billets. Il serait injuste de lui faire supporter seul les conséquences préjudiciables résultant de la crise économique du pays.

Il serait naturel d'autoriser le débiteur A à reprendre son immeuble et à effectuer le paiement en monnaie métallique, mais d'après le cour du jour où il a déclaré vouloir payer sa dette.

Laquelle de ces trois opinions est la plus juste ?

(1) V. *supra*, p. 149-152.

Décision n° 1168 (30 décembre 1919). *Lettre adressée au Gouvernement de la province de Hou-nan* (1).

En réponse à la lettre du Gouvernement de la province de Hou-nan, transmettant l'avis du directeur de la Banque Industrielle, au sujet de contestations portant sur les prêts de sommes d'argent en billets, la Cour Suprême a rédigé ce qui suit :

« Les billets (*touei k'iuán*) émis par une banque avec autorisation du gouvernement sont, par leur nature juridique, des titres au porteur. La banque est tenue de les rembourser à vue en espèces métalliques, si ces billets sont présentés à ses guichets. Si les billets se déprécient par suite de la dispense accordée à la banque de rembourser les billets en espèces, la banque n'est, cependant, pas dispensée de sa responsabilité à l'égard de ceux qui possèdent ses billets. Elle est tenue de rembourser la différence représentée par la dépréciation d'après le cours du jour de l'émission, si l'émission a eu lieu après la dépréciation du papier monnaie. Bref, la banque est toujours débitrice de ses billets, qu'elle ne peut pas considérer comme marchandises.

« Les billets de banque ont un cours, généralement instable. Si l'on admet que la banque est tenue de rembourser ses billets avec la compensation de la différence due à la dépréciation d'après le cours du jour de l'émission, elle supportera, chaque fois qu'elle rachètera ses billets, une perte égale au gain que réaliseront les possesseurs des billets. Les possesseurs s'enrichiront aux dépens de la banque, mais c'est le moindre mal. La banque restreindra l'émission des billets.

(1) K. W. I., p. 667.

« Au contraire, s'il est permis aux banques de considérer les billets comme des marchandises et d'effectuer les opérations avec les billets d'après le cours du jour, on pourra craindre que les banques ne soient tentées d'émettre trop de billets, car elles gagneraient à chaque émission sur la différence du cours dû à la dépréciation. Plus la banque émet de billets, plus il lui sera difficile de les racheter. Et ce seront les possesseurs des billets qui supporteront toute la perte résultant de la dépréciation du papier-monnaie.

« Pour déterminer laquelle de ces deux solutions il faut adopter, il semble qu'on doit prendre en considération l'intérêt de la majorité. En outre, la première proposition aura, sans doute par rapport à la seconde, cet avantage qu'elle est susceptible d'augmenter la demande de billets, ce qui favorisera leur cours sur le marché et, par conséquent, diminuera la perte de la banque.

« Les arguments invoqués sont en faveur de la première solution. Ainsi donc, dans tous les prêts accordés par une banque à des particuliers, sans distinguer si la créance a été ou non garantie par une sûreté réelle et si le prêt a été fait en billets ou en monnaie métallique, les emprunteurs seront autorisés à effectuer le paiement en billets de banque d'après le cours du jour d'émission.

« Quant à l'affaire de la Banque Industrielle de la province de Hou-nan, si les billets en question ont été émis, après la dispense accordée à la banque de rembourser ses billets en espèces, les calculs doivent être faits d'après le cours du jour de l'émission (le jour étant facile à établir). Mais si le cours des billets au jour de l'émission était plus élevé que celui du jour de l'échéance, il est donc favorable à l'intérêt des emprunteurs. Dans ce cas, il n'y a pas d'inconvénient à admettre la solution proposée par la banque.

« En ce qui concerne la date de l'émission des billets il faut l'établir avec exactitude, ce qui n'est pas difficile en raison des livres que possède chaque banque et de la correspondance de la banque avec le Gouvernement. Les établissements de contrôle sont autorisés à publier les renseignements nécessaires afin de faire connaître à tous les intéressés et d'éviter des contestations inutiles.

« Pour ce qui est du contrat de dépôt ou de compte courant le paiement doit être effectué d'après le cours du jour du dépôt. Il existe sur ce point des décisions d'interprétation n° 722 et n° 855 (1). »

Décision n° 1467 (22 janvier 1921). *Lettre adressée
au Ministre de la Justice* (2).

La Cour Suprême accuse au Ministère de la Justice, réception de la lettre transmettant le télégramme du Tribunal Local de Pin-kiang, envoyé par le Tribunal Supérieur de la province de Ki-lin, concernant l'affaire suivante :

Il s'agit d'un contrat de prêt entre le commerçant chinois A et le commerçant russe B, pour le compte d'un tiers commerçant russe C. Le contrat a été conclu le 10 août 1919 pour une somme de 10.000 yen japonais. Un acte écrit fut dressé. A s'est engagé à payer la dite dette pour le compte de C en « grands billets verts » émis en 1917 par le Gouvernement de Kérinsky, pour la somme de 155.505 roubles. Le paiement

(1) V. *supra*, p. 143 et 144.

(2) K. W. I., p. 865.

devait avoir lieu, aux termes du contrat, dans 4 mois, à partir du jour de la passation de l'acte. Aucun intérêt n'était dû. Si, à l'échéance, les « grands billets verts » étaient supprimés, le paiement devait s'effectuer avec d'autres billets russes de la même valeur.

A l'échéance, A voulait payer la dette avec les billets verts usés. B a refusé de les accepter sous prétexte qu'au marché on refuse d'accepter les billets usés. L'affaire dure jusqu'à présent. Les billets verts se sont dépréciés, ne valent que le quart de ce qu'ils valaient au moment du contrat. Un litige s'est élevé entre les parties.

On a émis trois points de vue :

1° Le contrat spécifie la monnaie de paiement. Quel que soit le cours de la monnaie spécifiée, le demandeur n'a pas le droit de demander que le paiement soit effectué avec d'autres monnaies ayant un cours plus élevé.

2° Au moment où A voulait payer la dette, les billets verts, quoique dépréciés, n'accusaient pas une différence considérable. Mais A voulait payer la dette avec les billets qui n'ont plus cours légal, de sorte que le créancier n'a pu accepter un tel paiement. Maintenant, les billets sont trop dépréciés ; A est obligé de payer la dette avec d'autres billets, en se basant sur le cours des billets verts au moment du contrat.

3° A s'est engagé à payer la somme de 10.000 yen japonais avec la clause que le paiement s'effectuera en billets verts du Gouvernement de Kerensky ; en cas de suppression de ces billets le débiteur devra verser la somme en une autre monnaie russe équivalente.

Actuellement, tous les commerçants russes refusent d'accepter ces billets ; bien qu'il n'y ait pas de texte formel qui les supprime, ces billets sont devenus, en fait, sans valeur

Aux termes du contrat, A devra payer la dette en une monnaie russe, comme par exemple le rouble-or, d'après le cours des billets verts au jour du contrat.

Décision du Ta li yuan :

Attendu que le contrat a prévu le mode de paiement, l'exécution de l'obligation doit se faire d'après la teneur du contrat. Par conséquent, si, au moment du paiement, les billets verts sont supprimés (supprimés de fait) le paiement devra s'effectuer en une monnaie russe équivalente, en prenant pour le calcul le cours des billets verts, au jour de la formation du contrat.

Si les billets verts sont encore valables, mais se sont dépréciés, le débiteur pourra, naturellement, acquitter sa dette avec ces billets, sans que le créancier ait le droit de refuser de les accepter. Mais le débiteur est tenu de compenser la différence représentée par la dépréciation.

Décision (Yuan) n° 1 (16 février 1929). *Décret du Yuan Judiciaire adressé au Tribunal Supérieur de la province de Chan-si (1).*

En réponse à la lettre n° 1197 du Tribunal Supérieur de la province de Chan-si, concernant l'interprétation des points douteux en matière d'exécution de l'obligation, la Cour Suprême a rédigé ce qui suit :

(1) *Sseu fa yuan kiai che houei pien* (Rec. des décisions d'interprétation du Yuan Judiciaire), V. 1-e, p. 1.

« Attendu que, d'après la lettre reçue, l'acte de constitution d'antichrèse fixe la somme reçue au moment de la constitution de l'acte, la reprise de la chose doit être effectuée en vigueur au moment de la signature de l'acte, sauf si les parties ont prévu un autre moyen de remboursement. »

La lettre du Tribunal Supérieur de la province de Chan-si.

Le Tribunal Supérieur de la province de Chan-si a reçu l'avis du Préfet de Hong-t'ong ainsi conçu :

« Le sieur Tchao possède depuis huit ans une maison appartenant au sieur Ts'ien, à titre d'antichrèse en garantie d'une créance de 400 *tiao*. A l'expiration du délai prévu, le sieur Ts'ien paie sa dette et veut reprendre sa maison. Mais le sieur Tchao ne consent à se déposséder de la maison que si la dette est remboursée en dollars ; un litige s'élève entre eux. Deux opinions sont émises à ce sujet :

« 1° Dans toutes les opérations financières, le dollar est la monnaie principale, la monnaie de cuivre ne servant que de monnaie d'appoint et la somme à recevoir ne pouvant dépasser un dollar. En matière de contrat, si l'acte est constitué en une monnaie devenue plus tard monnaie d'appoint, le débiteur doit, à l'exécution de l'obligation, la considérer comme monnaie principale. En l'espèce, bien que le contrat soit constitué en *tiao*, la somme dûe doit être remboursée en dollars d'après le cours en vigueur au moment du contrat.

« 2° Le point de vue précédent n'est juste qu'en cas de hausse du dollar ; mais en cas contraire, quelle doit être la

solution de la question ? Prenons un exemple : Un acte de prêt d'une somme de 400 *tiao* a été constitué pour un an, au cours de 5 *tiao* pour un dollar, ce qui ferait 100 dollars. Au moment de l'acquiescement de la dette le dollar ne vaut que 4 *tiao* : on se demande si le débiteur se libère de sa dette de 500 *tiao* en versant 100 dollars ? Alors on dit que ce point de vue ne s'applique qu'en cas d'augmentation du dollar, en cas contraire, la dette doit être payée en monnaie primitive. S'il en est ainsi, le débiteur d'une dette de 500 *tiao*, valant 100 dollars au cours normal, devrait payer à la baisse du dollar 125 dollars, ce qui cause au débiteur un préjudice de 25 dollars, ce qui semble peu équitable.

« Un contrat est un accord des volontés des parties ; une fois conclu, le contrat lie les contractants, qui sont obligés de s'y conformer. Dans notre cas, on fait dépendre l'exécution d'une obligation du cours du dollar, négligeant ce qui est stipulé dans le contrat. A notre avis, cette façon de voir est peu pratique en raison de l'instabilité de la monnaie. Nous considérons qu'il faut prendre pour base le texte du contrat. Le droit est une création de l'homme, mais sa valeur consiste dans la pratique. Nous croyons que, dans notre cas, la dette doit être payée en *tiao* comme il est stipulé dans le contrat. Cette solution conforme à la nature du contrat, évite les contestations possibles sur ce point.

« Nous prions la Cour Suprême de nous indiquer quel est le point de vue à adopter. »

Décision n° 937 (15 février 1919). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Tchë-kiang* (1).

Troisième alinéa : « La caution ne peut être obligée qu'au paiement de la dette, à la condition que la dette ne soit pas contestée. Il importe peu de savoir si la caution s'engage à payer la dette, en même temps qu'elle se porte garant de la personne du débiteur principal.

L'action contre la caution doit être intentée indépendamment de la procédure de l'exécution de l'obligation.

Lettre du Tribunal Supérieur de la Province de Tchë-kiang.

Troisième alinéa : « Un débiteur a disparu au cours de la procédure de l'exécution d'une obligation. Le Tribunal peut-il d'office obliger la caution qui n'a pas pris le double engagement de payer la dette et de garantir la personne du débiteur, à faire venir le débiteur et à payer, en outre, les intérêts moratoires ? »

Décision n° 1301 (24 mai 1920). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la Province de Ki-lin* (2).

La Cour Suprême vous accuse réception de la lettre n° 112 concernant l'affaire suivante :

(1) K. W. I., p. 520.

(2) K. W. p. 758.

« A avait donné sa maison en antichrèse à B pour un délai de 6 mois, avec une clause déclarant que si A ne reprenait pas son immeuble, à l'expiration du délai de l'antichrèse, celle-ci se convertirait en vente définitive. Un acte a été préalablement rédigé et signé par A et remis à B. Au bout de 6 mois, B a signifié plusieurs fois à A de reprendre son bien, cependant, A ne l'a pas repris.

« Un an après, B a apporté des améliorations à la maison. **Alors**, A a voulu reprendre son immeuble et B a refusé de le lui livrer. A a intenté une action contre B.

« L'acte de vente préalablement passé entre A et B est-il valable ? »

L'acte de vente passé préalablement, pour transférer la propriété de la chose donnée en antichrèse, au cas où le débiteur ne pourrait pas reprendre son bien, à l'expiration du délai de l'antichrèse, est contraire au principe générale qui interdit le pacte commissaire et, par conséquent, nul.

Decision n° 1365 (21 juillet 1920). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Ki-lin* (1).

La Cour Suprême vous accuse réception de votre lettre ainsi conçue :

« La décision d'interprétation n° 1301 nous paraît être en

(1) K. W. I., p. 802.

contradiction avec les décisions contentieuses suivantes : décision contentieuse, 24-1913, d'après laquelle l'acte écrit constitue une preuve essentielle en cas de litige en matière de transfert de droit de propriété sur les immeubles ; décision 104-1914, en vertu de laquelle un projet du contrat de vente est valable lorsqu'il n'y a pas de dol ; décision 95-1913, valide la compensation contractuelle.

« Dans la présente affaire, les parties ont inséré dans le contrat une clause expresse fixant la durée pendant laquelle le propriétaire pourrait exercer son droit de reprise de l'immeuble, ce qui est conforme à la coutume des Trois Provinces de l'Est, le contrat est donc valable (décision contentieuse n° 86-1914. L'annulation du pacte commissaire engendrait certainement des litiges. Par ce pacte commissaire le propriétaire manifeste sa volonté de vendre prochainement la chose donnée en antichrèse et le créancier-antichrésiste acquiert un droit de préemption sur cette chose (décision 104-1914). Et le contrat primitif n'a pas prévu que le créancier doit rembourser, à l'expiration du délai, une somme représentant la différence entre la créance et la valeur de la chose, s'il veut garder cette dernière.

« A l'expiration du délai, comme le débiteur n'est pas en mesure de reprendre son bien, le créancier a commencé des travaux pour réparer la maison dont la propriété lui a été transférée, selon le pacte commissaire adjoint au contrat (décisions contentieuses, 130-1913 et 255-1914).

« Le droit coutumier admet la validité du contrat de promesse de vente, coutume qui a été enregistrée au Ministre de la Justice. L'annulation du pacte commissaire serait contraire au droit coutumier et aux décisions citées ci-dessus.

« Nous prions la Cour Suprême d'en donner une interprétation. »

L'interdiction du pacte comissoire est une mesure protectrice de l'intérêt du débiteur, elle ne nuit pas aux intérêts du créancier, celui-ci peut toujours demander de faire vendre le bien mis en gage et de se faire payer sur le prix, avant tous les autres créanciers, mais le pacte comissoire adjoint au contrat est nul. Si le créancier nanti a le droit de préemption en vertu de la règle coutumière, il peut garder la chose à titre d'acheteur.

En ce qui concerne les décisions citées, il y a erreur dans leur interprétation.

Dans les actes commerciaux, un pacte comissoire peut être permis ; la raison venant de la différence qui existe entre les actes commerciaux et les actes civils. Pour les différencier, le Tribunal n'a qu'à se reporter à l'article 1 du Règlement des commerçants.

Décision n° 2010 (22 août 1927. *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Ki-lin* (1).

La Cour Suprême vous accuse réception de votre lettre n° 689, ainsi conçue :

« Nous avons reçu l'avis du Préfet de *Wou-siang* concernant l'affaire suivante : « Un acte de prêt d'une somme d'argent avait été conclu entre A et B, par l'intermédiaire de

(1) K. W. I., p. 1172.

C. pour une durée de 12 mois. Il était stipulé, au moment de la passation de l'acte, que si, à l'échéance, le débiteur ne paie pas la dette et les intérêts, le créancier aura le droit de s'approprier la maison du débiteur avec un terrain de 4 *mou* (arpents) et que le débiteur n'aura pas le droit de racheter, plus tard, son bien.

« A l'échéance, le débiteur ayant été malade dans une autre ville, n'a pu payer sa dette et les intérêts. Le créancier, par l'intermédiaire de C. a occupé la dite maison et le terrain.

« Plus tard, le débiteur, revenu à la ville, a voulu payer sa dette et les intérêts et reprendre son bien : le créancier lui a refusé. Il y a deux points de vue sur la question :

« a) L'acte de prêt a été passé du consentement des deux parties, du moment que son contenu n'est pas contraire à la loi impérative, il doit être valable et produire l'effet du contrat. Par conséquent, la propriété de l'immeuble doit être attribuée au créancier.

b) Le pacte adjoit à l'acte, dans la présente affaire, concernant l'immeuble du débiteur a pour but de constituer un droit accessoire de sûreté réelle. Faute de paiement, à l'échéance, le créancier ne peut que faire vendre l'immeuble en question, pour se faire payer sur le prix, mais non pas se conduire en propriétaire.

« Nous croyons que la clause insérée dans l'acte de prêt, dans la présente affaire, attribuant la propriété de l'immeuble du débiteur au créancier, au cas où le débiteur ne paiera pas sa dette, constitue un pacte commissaire et comme tel est nul.

« Comme le Préfet sollicite une interprétation de la loi, nous prions la Cour Suprême de trancher la question. »

La Cour Suprême ne peut qu'approuver l'opinion du Président du Tribunal en ce qui concerne la nullité du pacte commissaire afin de protéger les intérêts du débiteur.

Décision n° 1496 (12 mars 1921). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Chan-tong* (1).

Il s'agit de deux contrats de prêt entre le débiteur A et les créanciers B et C. La créance de B est garantie d'une sûreté réelle, tandis que celle de C est chirographaire. Les deux créanciers ont obtenu le jugement à la même époque : B au Tribunal chinois et C au Tribunal mixte. Mais le jugement au Tribunal mixte a été mis en exécution antérieurement à celui du Tribunal chinois.

A qui le Tribunal mixte devra-t-il attribuer, de préférence, le prix de vente de la chose affectée à la garantie de la créance de B ? Un Tribunal aura-t-il le pouvoir d'exécuter les jugements de deux juridictions différentes ?

Le créancier nanti ou hypothécaire doit être payé, de préférence aux créanciers chirographaires. Si la chose affectée à la garantie d'une créance, a été saisie et vendue sur, la demande du créancier chirographaire, le créancier nanti ou hypothécaire pourra en appeler par voie de requête.

(1) K. W. I., p. 884.

Décision n° 1851 (6 novembre 1923). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur du District Spécial des Trois Provinces de l'Est* (1).

Nous avons reçu votre lettre n° 2816 transmettant l'avis du Tribunal du District Spécial des Trois Provinces de l'Est qui est ainsi conçu :

« Les créanciers A et A' ont obtenu par un jugement le droit de faire vendre l'immeuble de leur débiteur B. Un créancier C a fait opposition à la vente, il présente un certificat du consulat de son pays certifiant son droit d'hypothèque sur l'immeuble saisi. Le débiteur B a reconnu l'hypothèque constituée sur son immeuble au profit de C. Les créanciers ont consenti, eux aussi, à être payés après le créancier hypothécaire, même si le prix de l'immeuble n'était pas suffisant pour les satisfaire entièrement.

« Dans ce cas, le juge peut-il se fonder sur la reconnaissance par les parties du droit hypothécaire du créancier C et attribuer à ce dernier le prix de l'immeuble, sans que le créancier C ait obtenu un jugement à son profit ? Ou bien faut-il que le créancier hypothécaire intente, dans tous les cas, une action en reconnaissance de son droit ?

« Mais il semble que les créanciers A et A', tout en reconnaissant le droit hypothécaire de C, peuvent discuter la demande de ce dernier, comme étant anticipée. Car le contrat a été conclu pour une durée de 6 ans, le paiement devra avoir lieu un an après l'échéance. A défaut de paiement, à l'expiration de ce délai, la propriété de l'immeuble sera transférée au créancier C. Or, les créancier A et A' ont

(1) K. W. I., p. 1068.

obtenu le jugement qui leur permet de faire vendre l'immeuble 8 mois après la conclusion du contrat de prêt du créancier C. A et A¹ ont-ils besoin d'intenter une action pour faire valoir leurs prétentions ?

« D'autre part, le créancier C, ayant le certificat du consulat de son pays faisant la preuve de son droit, prétend avoir un droit de préférence sur le prix de l'immeuble en question.

« Le débiteur n'a plus d'autre bien que l'immeuble hypothéqué. Si l'on retarde la vente de cet immeuble les créanciers A et A¹ souffriront d'un préjudice en raison du retard.

« Comme les parties sont d'accord en ce qui concerne le droit d'hypothèque du créancier C et que celui-ci consent à être payé avant l'échéance, le juge peut-il donner satisfaction au créancier hypothécaire C, avant les créanciers A et A¹, sur le prix de l'immeuble vendu et ensuite partager le reste du prix entre A et A¹.

« A défaut de précédent nous prions la Cour Suprême de nous donner une interprétation. »

Réponse de la Cour Suprême :

Le créancier hypothécaire a un droit de préférence sur le prix du bien hypothéqué par rapport aux créanciers ordinaires.

Dans la présente affaire, le droit d'hypothèque du créancier C n'est pas discuté par les autres créanciers du débiteur, et le créancier C consent à recevoir son paiement avant l'arrivée de l'échéance, le créancier C doit être payé, par préférence, sur le prix de l'immeuble hypothéqué, et le reste du prix sera partagé entre les créanciers A et A¹.

Comme le créancier sera payé avant le terme de sa créance, les intérêts non échus doivent, comme de juste, être déduits. Il y a des décisions d'interprétation sur ce point, nous prions le Tribunal de s'y conformer.

Décision n° 1139 (25 novembre 1919). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Kan-sou* (1).

La Cour Suprême vous accuse réception de la lettre n° 105 concernant la question suivante :

A, propriétaire d'une maison, l'a cédée à B par le contrat *tien* et il a reçu une certaine somme de taëls. ensuite il a reçu de B 100 *tiao*. Plus tard, il a passé un contrat de *tien* avec C pour une somme de 1.200 *tiao*. Comme la maison se trouvait entre les mains de B, C a intenté une action en livraison de la maison. Pendant ce temps, A a cédé deux pièces libres dans la maison à D, pour une somme de 200 *tiao*. D y a emménagé. A, incommodé par le voisinage, veut vendre sa maison.

De toute évidence, A est en état de déconfiture. Le droit *tien* de B a été constitué avant le droit de tous les autres créanciers. Mais la créance de C étant la plus importante primera-t-elle celles des autres ? Comment faut-il répartir le prix de la maison ?

Réponse de la Cour Suprême :

En cas de vente et de *tien* successifs, la vente et le *tien*

(1) K. W. I., p. 668.

postérieurs sont nuls. Il y a un texte formel sur ce point dans les lois en vigueur.

S'il est prouvé que le propriétaire a cédé sa maison à B le premier, quelle que soit la situation pécuniaire de A, le prix de la maison devra être employé pour désintéresser entièrement B et le surplus sera distribué au marc le franc entre C et D.

Decision n° 226 (1^{er} avril 1915). *Lettre adressée au Tribunal Supérieur de la province de Ngan-houei* (1).

En réponse à la lettre n° 8940 ainsi conçue :

« Un délai pour la reprise de la chose a été expressément fixé dans le contrat d'antichrèse. A l'expiration de ce délai, la valeur de la chose n'atteint plus le montant de la créance garantie. Le propriétaire ne veut pas reprendre sa chose et l'antichrésiste ne veut pas non plus la garder. Aucun texte et aucune coutume n'existant, la question se pose de savoir qui doit subir le préjudice de la dépréciation de la chose. Les lois en vigueur permettent la conversion de l'acte d'antichrèse en vente définitive, aussi bien dans le cas où un délai est fixé que dans le cas où ce délai fait défaut. Mais si le propriétaire de la chose n'a pas d'argent pour la reprendre, l'antichrésiste la garde en remboursant la différence du prix évalué par un expert : un acte de vente définitive sera constitué. Si l'antichrésiste ne peut pas rembourser la différence du prix, le propriétaire peut vendre son bien et payer sa dette primitive. Cette disposition s'applique en effet à l'antichrèse ; pourtant en regardant de près le texte on cons-

(1) K. W. I., p. 148.

tate qu'il n^e vise que le cas où l'antichrésiste, lui, ne veut pas rembourser la différence du prix ; mais non le cas contraire où le propriétaire délaisse volontairement son bien, et l'antichrésiste, de son côté, refuse aussi de le garder. Dans ce cas, le propriétaire est-il obligé de vendre son bien ? Et si le prix reçu de la vente n'atteint pas le montant de la créance, le propriétaire est-il obligé de payer la différence entre le prix de vente et le montant de la créance. Les lois en vigueur, constituées d'après des coutumes imparfaites, n'ont pris en considération que le cas de possibilité d'augmentation du prix de la chose et non le cas contraire. Sur ce point les textes sont muets. Nous prions donc la Cour Suprême d'en donner une interprétation. »

Réponse à la lettre ci-dessus :

La disposition établie par les lois en vigueur visant le cas où l'antichrésiste — acquéreur de la chose — ne veut pas rembourser la différence du prix et où le propriétaire a le droit de vendre la chose et de payer sa dette, s'applique également au cas où le propriétaire délaisse son bien et où l'antichrésiste refuse de le garder. Les deux cas sont différents, mais il s'agit toujours du même renoncement au bien ; la même disposition est donc applicable.

Quant à l'obligation du propriétaire de la chose de payer la différence entre sa dette primitive et le prix de la chose vendue, elle est naturelle ; car l'objet de l'antichrèse n'est donné que comme garantie du « prix de l'antichrèse » et ne peut servir de paiement au détriment du créancier.

II. — *Formules-types d'actes écrits.*

Acte de vente (1).

Je soussigné de l'acte de vente définitive (qui suit), X. étant dans le besoin, aliène le terrain (la maison) provenant de ma famille (acquis par moi-même), situé à... ayant la surface de... arpents (composés de... pièces) délimité dans les quatre directions... Dans les délimitations rien n'est omis.

Par intermédiaire des tiers je consens à vendre le terrain à M. Y en sa propriété perpétuelle, au prix de... fixé à l'aide des intermédiaires. Le prix est versé entièrement à la signature de l'acte.

Désormais l'acquéreur aura le droit de disposer librement du terrain. S'il advient, plus tard, des contestations au sujet de l'immeuble, de la part des parents, les intermédiaires et l'aliénateur en seront responsables, l'acquéreur n'aura pas à s'inquiéter.

Le contrat est conclu de consentement mutuel. L'acte est établi à titre de preuve. Il est adjoint à l'acte les titres « rouge » ou « blanc » de l'immeuble.

Situation de l'immeuble : Sud... ; Ouest... ; Nord... et Est...

Signature : Intermédiaires ;

Aliénateur ;

Témoins.

...an ; ...mois ; ...jour.

(1) *Recueil des Coutumes*, t. I, p. 712.

Acte de *tien* (1).

Je soussigné de l'acte de *tien* (qui suit) X, en vue de besoins légitimes, transfère le droit de *tien* sur le terrain provenant de ma famille (ou acquis par moi-même) terrain de ... arpents, situé à..., en conséquence de l'intervention des intermédiaires, à M. Y afin qu'il le cultive.

Le prix du *tien* est publiquement fixé en la somme de... doll., laquelle a été versée immédiatement. Le *tien* est constitué pour une durée de... années. A l'expiration du délai fixe pour le rachat et le remboursement, la partie voulant reprendre le terrain sera tenue de désigner l'autre partie, à l'époque qui précède les fêtes de grande et de petite neiges. Le remboursement se fera à la fin de l'année. Ce délai passé, les parties ne peuvent plus effectuer le rachat ni le remboursement. Le terrain restera entre les mains du titulaire du *tien*. L'acte est dressé à titre de preuve pour l'avenir.

III. — *Textes des lois impériales.*

Loi additionnelle du livre XXXIV du Code des Ts'ing.

« Si un mont-de-piété recevant en gage les marchandises ou d'autres objets vient à être détruit par un incendie qui se déclare dans l'établissement, le propriétaire, dans le cas où il a prêté la moitié de la valeur de l'objet engagé (il a donné 5 pour 10), sera tenu de laisser au client la somme reçue par lui au moment de la mise en gage. Si l'incendie

(1) *Recueil des Coutumes*, t. I, p. 41.

a été communiqué par les maisons voisines, la somme reçue par le client sera encore diminuée de $2/10$. (Dans les deux cas) on déduira également la somme déjà due de l'intérêt mensuel, et la différence servira à indemniser le client. — Tout objet embarrassant, comme le riz, le blé, les pois, le coton, qui ne peut être mis en gage que pour un an, est généralement reçu pour une somme égale à sa valeur diminuée des $3/10$. On devra donc rembourser au propriétaire du mont-de-piété les $3/10$ de la somme avancée par lui. — Si l'incendie a été communiqué par les maisons voisines, la somme avancée contre remise du gage devra être diminuée des $2/10$, et le client gardera à titre de compensation les $3/10$ du reste. Dans les deux cas, le mont-de-piété ne pourra défalquer à son profit l'intérêt des mois écoulés. — Lorsqu'une teinturerie aura été détruite par un incendie, le maître dressera un inventaire des dépôts reçus et avisera le magistrat local, qui précédera à la désignation d'arbitres. Si le feu a été mis par imprudence du teinturier, le magistrat lui enjoindra de restituer les $5/10$ des dépôts, d'après l'estimation faite par les arbitres. Si l'incendie a été communiqué par les maisons voisines, le teinturier ne sera tenu de restituer que $3/10$; mais, dans l'un et l'autre cas, le remboursement devra être effectué dans le délai d'un mois. Quant aux dépôts échappés à l'incendie et mis ailleurs en sûreté, les propriétaires de mont-de-piété et de teintureries permettront, comme à l'ordinaire, qu'ils soient rachetés sur présentation du récépissé (1). »

(1) Traduction par M. Escarra, *Rec. des Somm.*, p. 182, 183, note 90.

Ordonnance de K'ien-long (1747).

« Le locataire n'est pas tenu pour responsable en cas d'incendie par imprudence. Si l'immeuble objet du contrat *tien* a péri dans un incendie involontaire, et que le contrat *tien* n'est pas encore arrivé à son terme, le propriétaire et le titulaire du *tien* supporteront, par moitié, les frais de la reconstruction de la maison. Si la durée du *tien* était de trois ans et que le délai est expiré, le propriétaire de l'immeuble sera tenu de rembourser le prix de rachat. Si le délai n'est pas expiré et que le propriétaire n'a pas les moyens de reconstruire l'immeuble même à frais communs (avec le titulaire du *tien*) et que la maison a été reconstruite par le titulaire du *tien*, le contrat sera prolongé de 3 ans. A l'expiration du délai prolongé, le propriétaire reprendra l'immeuble en remboursant 40 % du prix de rachat.

Si le délai du *tien* n'est pas expiré et que le titulaire du *tien* n'a pas les moyens de reconstruire, mais, que la maison a été reconstruite aux frais du propriétaire et est restée entre les mains du titulaire du *tien*, à l'arrivée du terme, le propriétaire reprendra l'immeuble en remboursant 60 % du prix de rachat.

Au cas où l'acte de *tien* a prévu qu'à l'expiration du contrat, le propriétaire pourra reprendre son immeuble en ne remboursant que la moitié du prix de rachat, mais qu'à l'échéance, le propriétaire n'a pas repris son immeuble (celui-ci a péri dans un incendie) et que le titulaire l'a reconstruit à ses propres dépens ; dans ce cas, le titulaire du *tien* aura le droit de prolonger le *tien* pour trois ans. A l'expiration du délai ainsi prolongé, le propriétaire sera tenu de rembourser le prix du rachat primitif, augmenté de 40 %. Il

n'y a pas à faire de distinction entre le cas de la maison vendue à rémeré et celui où elle est l'objet d'un contrat *tien*. Il conviendra de prendre les mêmes mesures en ce qui concerne l'incendie. Si en cas d'incendie, le propriétaire et l'acheteur à rémeré n'ont, ni l'un ni l'autre, les moyens de reconstruire la maison, la terre sera mise en vente et le propriétaire remettra à l'acheteur à rémeré un tiers du prix de vente, pour lui permettre de reconstruire la maison. Les dimensions de la maison et les matériaux employés à la reconstruction seront conformes à ce qui existait antérieurement, afin d'éviter les difficultés.

Si, en cas de location, il y a eu des arrhes versées au propriétaire par le locataire, et que l'incendie soit imputable à la faute de ce dernier, le propriétaire est dispensé de restituer au locataire les arrhes ; en cas d'incendie communiqué par les maisons voisines, il est tenu d'en restituer le tiers.

(1) Une référence à l'ordonnance de K'ien-long se trouve dans le Code des Ts'ing dans les éditions antérieures à celle de 1910, au livre XXXIV. L'ordonnance est insérée dans le Recueil des lois des Ts'ing, *Ta Ts'ing lu li houei tsi pien lan*, publié en 1865.

VU

Le Doyen,

EDGARD ALLIX

VU

Le Président de la thèse,

JEAN ESCARRA

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

A. ROUSSY

BIBLIOGRAPHIE

I. — *Ouvrages en langues européennes.*

ALABASTER (E.). — *Notes and Commentaries on Chinese criminal law.* London, 1899.

— *Notes on Chinese Law and Practice preceding revision.*

G. BOULAIS. — *Manuel du Code chinois. Variétés sinol.* n^{os} 55-56. Changhaï, 1923.

BRISSAUD. — *Manuel d'histoire du droit privé.* Paris, 1935.

BRUN. — *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle.* Thèse. Lyon, 1930.

CHEN TSEN-I. — *La responsabilité civile dans le droit chinois.* Thèse, Paris, 1932.

DEMOGUE (R.). — *Traité des Obligations en général*, t. III à V.

ESCARRA (J.). — *Recueil des sommaires de la Jurisprudence de la Cour Suprême de la République de Chine en matière civile et commerciale (1912-1918).* Pékin, 1925.

— *Le Droit Chinois.* Pékin et Paris, 1936.

— *Les transformations du droit chinois dans la législation et la jurisprudence.* Lyon, 1927.

- *Loi et coutume en Chine.*
- *Sources du droit positif actuel de la Chine.* Berlin, 1929.
- *La codification contemporaine du droit privé chinois.* 1930. Extrait du *Bulletin de la Société de législation comparée.*
- *Western Method of Researches into Chinese Law.* Pékin, 1924.
- ESCARRA (J.) et GERMAIN (R.). — *La conception de la loi et les théories des Légistes à la veille des Ts'in*, Traduction partielle de l'ouvrage de Leang K'i-tch'ao intitulé : *Histoire des théories politiques à la veille des Ts'in.*
- ESMEIN (L.). — Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle. *Rev. trim. de Droit civil*, p. 627.
- FAUCONNET. — *La responsabilité.* Paris, 1920.
- GARRAUD (R.). — *Traité théorique et pratique de Droit pénal français.* Paris, 1911.
- GRANET (M.). — *La civilisation chinoise.* 1929, Paris.
- *La pensée chinoise.* Paris, 1934.
- GRASSERIE (R. de la). — *Code civil allemand promulgué le 1^{er} août 1896.* Traduit et annoté avec Introduction, 2^e éd. Paris, 1901.
- GOUNO. — *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé.* Thèse. Dijon, 1912.
- HOANG. — *Notions techniques sur la propriété en Chine.* *Variété sinol.*, n° 11.
- IHERING. — *De la faute en droit privé.* Traduction Meulenaère. Paris, 1888.

- LABORDE-LACOSTE. — *La responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile*. Thèse. Bordeaux, 1915.
- MASPERO (H.). — *La Chine antique*. Paris, 1927.
- *Le serment dans la procédure judiciaire dans la Chine antique*.
- MAZEAUD (H. et L.). — *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. Paris, 2^e éd. 1934.
- MOREL (R.). — *Traité élémentaire de Procédure civile*. Paris, 1932.
- PELLIOT (P.). — Notes de bibliographie chinoise, II, le Droit chinois, 1919. Extrait du *Bulletin de l'Ecole française d'Extrême-Orient*, IX, n^o 1.
- PHILASTRE. — *Etudes sur le droit annamite et chinois*. Paris, 1876, 2 vol.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de Droit civil*, t. VI, des Obligations.
- POTHIER. — *Traité des Obligations*.
- *Traité du contrat de nantissement*.
- RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, 1936.
- SALEILLES (R.). — *Etude sur la théorie générale de l'Obligation d'après le Premier Projet de code civil pour l'Empire Allemand*. Paris, 3^e éd. 1925.
- WOU K'ANG. — *Les trois théories politiques du Tchouen ts'ieou*. Thèse, Paris, 1932.

II. Ouvrages en langues chinoise et japonaise (1).

- (1) CHEN KIA-PEN. — *Li tai hing fa k'ao* (Recherches sur les lois pénales des anciennes dynasties).

L'auteur de l'ouvrage, lettré et grand juriste, vécut 1840 à 1913. Haut fonctionnaire à la Cour des Ts'ing, Chen Kia-pen fut chargé sur l'ordre de Kouang-siu, en 1902, d'organiser la Commission de Codification (Fa lu pien ts'ouan houei) ; faisant partie des diverses commissions de codification, il fut l'auteur du Projet de code civil de 1911.

L'œuvre de Chen Kia-pen fut publiée sous le titre, *Chen Ki-yi sien cheng yi chou*, en 2 séries. La série *kia* comprend les ouvrages juridiques : le *li tai hing fa k'ao*, en 78 livres, et le *Ki-yi wen ts'ouen*, traitant de questions de droit, en 8 livres, en tout 86 livres, sous 22 rubriques. La série *yi* est consacrée aux recherches littéraires. L'ouvrage de Chen Kia-pen est d'une importance capitale pour les études de droit chinois (v. J. Es-carra, *Le droit chinois*, p. 424, 495, 496).

- (2) *Chou king* (Livre de l'histoire).

Recueil de textes relatifs à l'histoire de la Chine antique. L'ouvrage sans doute composé entre le ix^e et le vi^e s. a. J.-C. Une partie de l'ouvrage est authentique alors que l'autre a été interpolée au iii^e siècle a. J.-C. (v. H. Maspero, *La Chine antique*, Bibliographie). Traduction français du *Chou king* par S.-J. Couvreur ; anglaise, Legge, *Chinese Classics*, III.

(1) Les ouvrages en langues chinoise et japonaise sont numérotés suivant l'ordre alphabétique. Ces numéros correspondent avec ceux de l'index des termes chinois.

- (3) *Fa lu ts'ao ngan houei pien* (Collection de projets de lois). — Pékin, mai 1926, 2 v.

Les deux volumes de *Fa lu ts'ao ngan houei pien* contiennent les projets de lois rédigées par les commissions de codification à la fin de l'Empire et au commencement de la République (1909-1926).

- (4) FAN YE. — *Heou han chou* (Livre des Han Postérieurs).

Fan Ye vécut au v^e siècle, mourut avant d'avoir terminé son œuvre ; celle-ci fut achevée par Lieou Tchao de l'époque de Leang (vi^e s.), d'après les traités de Sseu-ma Piao. L'ouvrage comprend 120 chapitres et est commenté par le prince Tchang-houai des T'ang.

Edition du pavillon *Ki kou*.

- (5) HOU TCH'ANG TS'ING. — *Min fa tchai pien tsong louen* (Etude sur la théorie générale des obligations). Chang-haï, 1934.

L'ouvrage est une des premières œuvres de la doctrine juridique chinoise moderne en matière d'obligations.

- (6) — *Min fa tchai pien ko louen* (Etude sur la partie spéciale des obligations). Chang-haï, 1934.

- (7) HONG WEN-LAN. — *Min fa che yong* (Manuel pratique du droit civil), 4 vol.

L'auteur de l'ouvrage est actuellement professeur de droit à l'Ecole pour la formation des magistrats, Ecole qui dépend du Ministère de l'Administration judiciaire du *Sseu fa guan*.

- (8) KOCO WEL. — *Ta li guan kiai che ts'uan wen* (Texte complet des décisions d'interprétation du Ta li yan). Chang-haï, 1930. Le Recueil, d'édition privée, contient 2.012 décisions d'interprétation de 1912 à 1928, désignées sous le caractère *t'ong*.

- (9) — *Ta li yuan p'an li ts'iu'an chou* (Recueil complet des décisions contentieuses du Ta li yuan). Changhai, 1930.

Ce Recueil contient les décisions contentieuses du Ta li yuan de 1912 à 1928, désignées sous le caractère *chang*.

- (10) KOUO WEI et TCHEOU TING-MEI. — *Tsouei kao fa yuan kiai che tsong tsi* (Recueil général des décrets et décisions d'interprétation de la Cour Suprême (de Nankin). Changhai, 1934.

Le recueil contient 245 décisions d'interprétations désignées sous le caractère *kiai*, rendues par la Cour Suprême, après le transfert de la capitale (1928) à Nankin, où cette Cour fonctionne depuis, sous le nom de *Tsouei kao fa yuan*.

- (11) LEANG K'I-TCH'AO. — *Sien Ts'in tcheng tche sseu siange che* (Histoire des Théories politiques à la veille des Ts'in). Chang-hai, 1923. L'ouvrage est traduit partiellement par J. Escarra et R. Germain sous le titre de : *Conception de la loi et les théories des légistes à la veille des Ts'in*.

- (12) MA TOUAN-LIN. — *Wen hien t'ong k'ao* (Histoire Générale administrative et économique).

L'auteur, lettré et savant, vécut à la fin de la dynastie des Song et au commencement de la dynastie des Yaun. Le *Wen hien t'ong k'ao* comprend 328 chapitres, l'ouvrage est divisé en 23 sections : les sections sur les monnaies chap. VIII-IX ; les sections sur la justice (chap. CLXVIII-CLXXIII). V. Courant, *Catalogue des livres chinois*, n° 768-782 ; Wylie, *Notes on Chinese literature*, p. 55.

- (13) *Min chang che si kouan tiao tch'a pao kao lou* (Rapport sur l'enquête sur les coutumes en matière civile et commerciale). Nankin, 1930, 2 vol. L'ouvrage contient des

renseignements extrêmement précieux sur le droit chinois coutumier.

- (14) PAN KOU. — *Ts'ien han chou* (Livre des Han Antérieurs). Ed. de *Tchong houa chou kiu*, Chang-haï, 1923, d'après l'édition de 1889.

Pan Kou mourut en 92 ap. J.-C., avant d'avoir terminé son ouvrage ; celui-ci fut achevé par sa sœur Pan Tchao. L'ouvrage comprend 100 chapitres et est divisé en sections : Annales impériales (1 à 12) ; Tableaux généalogiques (13 à 20) ; Monographies (21 à 300) ; Biographies (31 à 100).

- (15) SIE YUN-CHENG. — *T'ang Ming lui ho pien* (Etude comparative des codes des T'ang et des Ming). Pékin, 1932.

Sie Yun-cheng, contemporain de Chen Kia-pen, grand juriste, vécut en 1820 à 1901, fut premier ministre (*chang chou*) sous le règne de T'ong-tche. Sie Yun-cheng étudia surtout les lois des T'ang.

- (16) *Song hing l'ong* (Lois pénales des Song). Ed. du *Fa tche kiu* (Bureau de Codification). Pékin, 1918.

Le premier code des Song, composé par Teou Yi (954-959), fut publié en 963 à la suite d'un décret du premier empereur des Song. Ce code ne nous est pas parvenu. Mais il existe un ouvrage intitulé *Hing l'ong fou*, résumé rythmé du *Hing l'ong*, composé par Fou Lin. Plusieurs commentaires du *Hing l'ong fou* sont conservés. Le *Song hing l'ong* du *Fa tche kiu* est publié d'après l'édition du pavillon *T'ien yi* du *Hing l'ong fou* (v. P. Pelliot, *op. cit.*, p. 34).

- (17) SONG LIEN. — *Yuan che* (Histoire des Yuan), rédigée à la suite d'un décret impérial par une commission de

savants et de lettrés, sous la présidence de Song Lien, en 1369.

L'ouvrage est rédigé en 4 sections et comprend 210 chapitres. Les chapitres en à cv de la section de Monographies, intitulé *hing fa tche* sont consacrés au droit. Le *hing fa tche* est rédigé sous la forme de code et contient des sections nouvelles qui ne figurent pas dans le code des T'ang (v. J. Escarra, *op. cit.*, p. 98). C'est dans ce code des Yuan qu'apparut l'idée de la réparation pécuniaire pour le meurtre et les blessures (section 15 : *cha chang*). Traduction française par R. Ratchnevsky : *Un code des Yuan*. Thèse, Paris, 1937.

- (18) *Sseu fa yuan kong pao* (Journal officiel du Yuan judiciaire).

Ce journal paraît tous les cinq jours depuis le 5 novembre 1934 ; avant cette date, le journal paraissait sous titre *Sseu fa kong pao* (Journal officiel de Justice, de 1928 au 31 décembre 1931). Le journal est divisé en plusieurs sections consacrées aux lois, aux décrets, aux règlements et aux décisions de la Cour Suprême.

- (19) *Sseu fa yuan kiai che houeï pien* (Collection des décisions d'interprétation du Yuan judiciaire), en 5 vol., contenant 1.200 décisions rendues par la Cour Suprême de Nankin de 1932 à 1935, désignées sous le caractère *yuan*.

- (20) SSEU-MA TS'ÏEN. — *Che ki* (Mémoires historiques).

Sseu-ma Ts'ien, fils de Sseu-ma Tan, astrologue de l'empereur Wou des Han, vécut entre le 1^{er} et le 1^{re} s. a. J.-C. A l'âge de 20 ans, Sseu-ma Ts'ien entrepris de longs voyages dans la seule intention de s'instruire ; il parcourut toute la Chine. A son retour, Sseu-ma Ts'ien fut nommé secrétaire dans une administration de la

capitale. Plus tard, il succéda dans la dignité de grand astrologue comme l'avait désiré son père. En cette qualité, il pris part, en 104 a. J.-C., à la grande réforme du calendrier entreprise par l'empereur Wou. Après avoir travaillé au calendrier, Sseu-ma Ts'ien put se consacrer pendant sept ans à rédiger ses *Mémoires historiques* (v. Chavannes. *Les Mémoires historiques de Sseu-ma Ts'ien*, t. I, p. 7 et ss. Paris, 1895).

L'ouvrage est divisé en sections : Annales impériales ; Tableaux chronologiques ; Traités spéciaux ; Familles héréditaires ; Bibliographies et notices sur les peuples étrangers, et comprend 130 chapitres dont la moitié est traduite par Chavannes. *Les Mémoires historiques de Sseu-ma Ts'ien* ont servi de modèle à toutes les histoires dynastiques.

(21) *T'ai p'ing yü lan* (Encyclopédie).

L'ouvrage fut rédigé, à la suite d'un décret impérial (977), par une Commission de 12 membres, sous la direction de Li Fang (977 à 983). L'ouvrage comprend 1.000 livres (v. Courant, *Catalogue des livres chinois*, 7516-7540).

(22) *Tai wan shi hô* (Droit privé de Formose).

L'ouvrage est publié d'après le troisième rapport sur la première enquête faite par la Commission provisoire d'enquête sur les anciennes coutumes de Formose, divisé en 3 parties et comprend 9 vol. Il donne de nombreux renseignements très détaillés et précis relatifs au droit coutumier de la Chine du Sud. Kobe. 1910.

(23) *Tai wan shi hô fu roku san kô sho* (Livres de références joints au *Tai wan shi hô*. 4 vol. Tokio, 1911.

(21) *T'ang lu chou yi* (Code des T'ang avec commentaire de Tchang-souen Wou-ki.

Le Code des T'ang a son origine dans le Code des Souei qui ne nous est pas parvenu. Sur l'ordre de l'empereur Kao-tsong des T'ang, Tchang-souen Wou-ki rédigea le commentaire explicatif du Code et le présenta au trône vers la fin de 654 (v. P. Pelliot, *Notes de Bibliographie chinoise*, II, Le droit chinois, p. 29). Le *T'ang lu chou yi* est le plus ancien code chinois qui soit conservé. Ce monument juridique est d'une importance capitale ; il a inspiré non seulement tous les codes dynastiques chinois des époques postérieures, mais aussi les codes des pays voisins ; les commentaires de Tchang-souen Wou-ki sont remarquables par leur finesse juridique. Le Code est divisé en 30 chapitres. R. Deloustal, dans sa traduction du code annamite des Lê, se réfère constamment au Code des T'ang.

(25) *Ta Ts'ing lu li* (Code des Ts'ing).

Le premier code des Ts'ing parut en 1646 sous le titre de *Ta Ts'ing lu li tsi kiai fou li*. L'ouvrage est divisé en 10 chapitres. Ce code est reproduit dans les chapitres 26-35 de la section *Siang hing tien* du *T'ou chou tsi tch'eng* (v. P. Pelliot, *op. cit.*, p. 44).

Le *Ta Ts'ing lu li* fut rédigé à la suite du décret de l'empereur K'ien-long, par une commission sous la direction du prince Houo, publié en 1740 ; il est divisé en 40 chapitres. Traduction anglaise par G.-T. Staunton ; traduction française par le Père G. Boulais. C'est le *Ta Ts'ing lu li* que Philastre cite constamment, dans son ouvrage intitulé : *Etudes sur le droit annamite et chinois*.

(26) *Ta Yuan cheng tcheng kouo tch'ao tien tchang* (Recueil des Ordonnances des Yuan).

L'ouvrage, divisé en 2 parties, 10 sections et 60 chapitres, est consacré aux édits impériaux, règlements administratifs et juridiques et aux règles de jurisprudence de l'époque des Yuan. Il se rapporte aux années 1260-1320. Il est complété par un supplément : *Sin tsi tche tche t'iao li*, en 23 chapitres, rédigé en 1322 (v. J. Escarra, *op. cit.*, p. 98-99). Traduction partielle par P. Ratchnevsky, *op. cit.*

(27) *Tcheou li* (Rituel des Tcheou).

Ouvrage rédigé à la fin des Tcheou ou à l'époque de Wang Mang (1^{er} s. a. J.-C.), est intéressant pour certaines notions juridiques qu'il mentionne.

(28) *Tchong houa min kouo hien hing fa kouei ta ts'uan* (Recueil des lois et des règlements actuellement en vigueur de la République de Chine).

(29) TING FOU-PAO. — *Chouo wen kiai tseu kou lin* (Recueil des différentes interprétations des caractères anciens d'après le *Chouo wen kiai tseu*). Ed. 1928.

Le *Chouo wen kiai tseu*, dictionnaire composé par Siu Chen (1^{er} s. ap. J.-C.) ; les caractères sont rangés sous 540 clés ; dictionnaire très important par son ancienneté et sa richesse de renseignements.

(30) *T'ou chou tsi tch'eng* (Recueil des textes).

Encyclopédie rédigée sur l'ordre de l'empereur K'ang-hi, a paru après la mort de l'empereur et est divisé en 6 sections : Ciel, Terre, Société, Connaissances humaines, Gouvernement, et en 32 sous-sections. L'ouvrage comprend 10.000 volumes. Voir surtout les sections : Société, Connaissances humaines et Gouvernement.

(31) *Ts'ö fou yuan kouei*.

Encyclopédie rédigée à la suite d'un décret impérial

- par une commission sous la présidence de Wan Ts'in-jo (1005-1013), comprend 1.000 vol. Voir surtout les livres 483 à 511 (finances) ; 512 à 522 (fonctionnaires judiciaires), et 609 à 619 (châtiments). (Wylie, *op. cit.*, p. 147.)
- (32) *Tso tchouan*, un des Commentaires du *Tch'ouen ts'ieou*, ce dernier est l'histoire de la principauté de Lou (722 à 450 a. J.-C.), l'ouvrage attribué à Confucius. L'origine du *Tso tchouan* est discuté : la tradition l'attribue à un auteur contemporain de Confucius ; une autre théorie le tient pour interpolé à la fin du 1^{er} s. a. J.-C., et une troisième, voit dans ce livre une œuvre antérieure aux Han, mais plus récente que l'époque de Confucius (v. H. Maspéro, *La composition et la date du Tso tchouan*, p. 137). V. Karlgren, *Tso tchouan tcheng wei kao*.
- (33) *Tsouei kao fa yuan p'an li yao tche* (Recueil des décisions contentieuses de la Cour Suprême de Nankin de 1927 à 1931). Chang-haï, 1935.
- (34) *Tsouei kao fa yuan ts'ai p'an yao tche* (Recueil des décisions contentieuses de la Cour Suprême de Nankin de 1932 à 1934). Chang-haï, 1936.
- (35) WOU KING-HIUNG. — *Tchong houa min kouo lieou fa li yeou p'an li houei pien* (Collection des six codes de la République de Chine, avec motifs et décisions). Chang-haï, 1935.
- (36) YANG HONG-LIE. — *Tchong kouo fa lu fa ta che* (Histoire de l'évolution du droit chinois), 2 vol. Chang-haï, 1930.
- (37) *Yu hai*.
Encyclopédie par Wang Yin-lin (1223-1296), divisée en 21 sections et comprend 200 livres : livres 176-186 des Marchandises.
-

INDEX ALPHABETIQUE

*Termes principaux et noms propres chinois
contenus dans la thèse en transcription française.*

C

- 38 Chang Yang.
- 39 chou jen
- 40 chou tsö.

F

- 41 Fa lu pien ts'ouan houei.
- 42 fang tao lan kia.
- 43 Feng-houa.
- 44 Fou-yu.

H

- 45 Hing pou.
- 46 Hou pou.
- 47 Houei wang.
- 48 Houang-sien.

J

- 49 jang.
- 50 jen.
- 51 jen.

K

- 52 Kao-p'ing.
- 53 Kia Kong-yen.
- 54 Kiang Cheng.
- 55 kiao kou.
- 56 Kiao t'ong.
- 57 K'ien long.
- 58 kuin tseu.
- 59 k'ong ho.
- 60 Kong pou.
- 61 Kouang sui.
- 62 kouan ye wen yao.
- 63 Kouo Kong.
- 64 kou.

L

- 65 Li pou.
- 66 Li pou.

M

- 67 Ma Jong.
- 68 mou.

P

- 69 po leang.
 70 p'o sie.
 71 pou tong tchan tche
 k'iuán.

T

- 72 T'ai ngan.
 73 T'ai p'iao.
 74 Ta li sseu.
 75 tang.
 76 tchai.
 77 tchai k'iuán.
 78 tchai wou.
 79 tche.
 80 tche fang kiai ts'ien.
 81 tche ti kiai ts'ien.
 82 tche ya.
 83 tch'eng che.
 84 Tcheng Hiuan.
 85 Tcheng Sseu-nong.
 86 tch'eng tsö.

87 tsö.

88 Tchong kouo.

89 tiao.

90 tiao mai.

91 tien

92 tien tang.

93 tien ts'i.

94 ti ya.

95 tong tchan tche k'iuán.

96 touei k'iuán.

97 ts'ao yao.

98 Ts'eu yuan.

99 Ts'i.

100 tsi.

W

101 wou kui.

Y

102 yi.

103 yeou tsö.

104 Yin Kong.

105 yuan.

106 Yung houei.

INDEX

DES PRINCIPAUX TERMES ET NOMS PROPRES CHINOIS

- 1 沈家本 歷代刑法考
沈寄簪先生遺書 寄簪文存,
- 2 書經
- 3 法律草案彙編
- 4 范曄 後漢書
- 5 胡長清 民法債編總論
- 6 " " 民法債編各論
- 7 洪文瀾 民法實用
- 8 郭衛 大理院判決例全書
- 9 " " 大理院解釋例全文
- 10 郭衛周定枚 最高法院法令解釋總集
- 11 梁起超 先秦政治思想史
- 12 馬端麟 文獻通考
- 13 民商事習慣報告錄
- 14 班固 前漢書 班昭
- 15 薛允升 唐明律合編 尚書
- 16 宋刑統 法制局 實儀 刑統賦 傅霖
- 17 宋濂 元史 刑法志 殺傷

- 18 司法院公報 司法公報
- 19 司法院解釋彙編
- 20 司馬遷 司馬談 史記
- 21 太平銜覽 李昉
- 22 台灣私法
- 23 台灣私法附錄參考書
- 24 唐律疏議 長孫無忌 高宗
- 25 大清律例 祥刑典 圖書集成
- 26 大元聖政國朝典章
- 27 周禮 王莽
- 28 中華民國現行法規大全
- 29 丁福保 說文解字詁林
- 30 圖書集成
- 31 冊府元龜 王欽若
- 32 左傳 春秋
- 33 最高法院判例要旨
- 34 最高法院裁判要旨
- 35 吳經熊 中華民國六法理由判例彙編
- 36 楊鴻烈 中國法律發達史
- 37 玉海 王應麟

- 38 商鞅
39 庶人
40 屬責
41 法律編纂會
42 房倒爛價
43 奉化
44 扶餘
45 刑部
46 戶部
47 惠王
48 黃縣
49 讓
50 人
51 仁
52 高平
53 賈公彥
54 江聲
55 較固
56 交通
57 乾隆
58 君子

- 59 恐懾
60 工部
61 光緒
62 管業文約
63 郭躬
64 故
65 禮部
66 吏部
67 馬融
68 歛
69 撥糧
70 迫質
71 不動產質權
72 台安
73 大理司
74 當
75 當仁不讓
76 債
77 債權
78 債務
79 質

- | | | | |
|----|------|-----|------|
| 80 | 指房借錢 | 94 | 抵押 |
| 81 | 指地借錢 | 95 | 動產質權 |
| 82 | 質押 | 96 | 兌券 |
| 83 | 誠實 | 97 | 草約 |
| 84 | 鄭玄 | 98 | 辭源 |
| 85 | 鄭司農 | 99 | 齊 |
| 86 | 稱責 | 100 | 劑 |
| 87 | 責 | 101 | 武舉 |
| 88 | 中國 | 102 | 義 |
| 89 | 吊 | 103 | 有責 |
| 90 | 刁買 | 104 | 隱公 |
| 91 | 典 | 105 | 院 |
| 92 | 典當 | 106 | 永徽 |
| 93 | 典契 | | |

 ABRÉVIATIONS

- K. W. Recueil des arrêts du Ta li yuan par Kouo Wei.
 K. W. I. Recueil des décisions d'interprétation par Kouo Wei.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE	4
1. — Aperçu historique des réformes juridiques en Chine	4
2. — Création de la Cour Suprême de Pékin (Ta li yuan).	5
3. — Composition du Ta li yuan.	6
4. — Fonctionnement du Ta li yuan.	6
5. — Force obligatoire des décisions du Ta li yuan (décisions conten- tieuses et décisions d'interprétation).	9

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX DES OBLIGATIONS

CHAPITRE I. — Des contrats	13
<i>Section I.</i> — Ancien droit chinois.	14
I. — Les contrats dans le très ancien droit chinois	14
II. — Réglementation des contrats dans l'ancien Droit chinois à partir de l'époque des T'ang.	15
A. — Droit de famille.	16
Les fiançailles.	17
L'institution d'héritier.	18
B. — Droit du patrimoine.	19
§ 1. — La liberté des conventions et ses limites	19
Interdiction de certains contrats par la loi	19
Limitation du droit du chef de famille de disposer des biens de famille	19

§ 2. — Formalisme de l'ancien Droit chinois en matière de contrats	21
§ 3. — Causes de nullité des contrats.	23
Incapacité des membres subordonnés de la famille de contracter. Dol, Violence, Accaparement	23
§ 4. — Effets du contrat entre parties. Force obligatoire du contrat.	24
Sanction pénale de l'inexécution de l'obligation née du contrat.	25
Les cas non imputables à la faute du dépositaire	28
Le pouvoir arbitraire du juge d'interpréter le contrat	29
<i>Section II. — Jurisprudence du Ta li yuan.</i>	30
§ 1. — Principe de la liberté contractuelle et principe du simple accord des volontés.	30
I. — Droit de famille	30
Contrat de fiançailles.	31
Contrat d'institution d'héritier.	31
II. — Droit du patrimoine	32
A. — Principe de la liberté contractuelle et ses limites	32
B. — Principe du simple accord des volontés	35
§ 2. — Conditions de formation et de validité des contrats	36
A. — Consentement.	36
1 ^o Manifestation de volonté. Valeur du silence. Pollicitation	36
2 ^o Vices du consentement : Erreur, Dol et Violence.	39
B. — Objet du contrat.	41
C. — Cause du contrat.	43
§ 3. — Effets du contrat.	44
1 ^o Force obligatoire du contrat entre les parties	44
Le contrat lie le juge	44
2 ^o Exécution du contrat.	46
Cas fortuit et de force majeure.	48
Contrats synallagmatiques	50
CHAPITRE II. — Des délits	55
<i>Section I. — Ancien Droit chinois.</i>	55
§ 1. — Notion du droit dans l'ancienne Chine. L'opposition du droit et de la morale.	55

TABLE DES MATIÈRES

199

L'idée de répression en matière de délits.	57
§ 2. — La conception de la faute dans l'ancien droit chinois.	59
Causes d'exonération de la responsabilité	61
§ 3. — La réparation du dommage. La remise des choses en état.	62
<i>Section II.</i> — Jurisprudence du Ta li yuan	65
§ 1. — Principe de la responsabilité civile.	65
§ 2. — Éléments constitutifs du délit civil	67
Faute. Causes d'exonération de la responsabilité	67
Préjudice.	69
Rapport de causalité entre la faute et le dommage.	70
§ 3. — De la responsabilité du fait d'autrui.	70
1 ^o Ancien droit chinois.	70
2 ^o Jurisprudence du Ta li yuan	72
CHAPITRE III. — De la notion d'obligation	74
<i>Section I.</i> — Ancien droit chinois.	74
§ 1. — Absence de notion d'obligation. Le principe <i>yi</i>	74
§ 2. — Conséquences de la supériorité de la notion d'obligation, morale sur la notion d'obligation juridique.	77
<i>Section II.</i> — Jurisprudence du Ta li yuan	79
§ 1. — La notion d'obligation et les caractères généraux de l'obligation dégagés par le Ta li yuan.	79
§ 2. — La bonne foi dans l'exécution de l'obligation. Caractère objectif de la notion de bonne foi.	81
§ 3. — Influence du principe <i>yi</i> sur la jurisprudence du Ta li yuan. Décisions relatives au paiement de dettes d'argent	82

DEUXIÈME PARTIE

DE CERTAINS CONTRATS SPÉCIAUX

CHAPITRE I. — Du cautionnement.	90
<i>Section I.</i> — Ancien droit chinois.	90
§ 1. — Origine et fondement du cautionnement.	90
§ 2. — Sa réglementation par le droit coutumier.	91

<i>Section II.</i> — Jurisprudence du Ta li yuan	93
§ 1. — Caractère purement civil de l'obligation de la caution et du garant	93
§ 2. — Bénéfice de discussion et bénéfice de division	93
CHAPITRE II. — Des sûretés réelles	96
<i>Section I.</i> — Ancien droit chinois.	96
§ 1. — Nantissement.	96
Le <i>tang</i> institution se rapprochant du gage.	97
Le <i>tien</i> et le <i>tche ti kiai ts'ien</i> , contrats se rapprochant de l'antichrèse	98
Comparaison du <i>tien</i> et du <i>tche ti kiai ts'ien</i>	100
Nature juridique du <i>tien</i>	102
§ 2. — Le <i>ti ya</i>	103
§ 3. — Pacte commissaire.	104
<i>Section II.</i> — Jurisprudence moderne	106
§ 1. — Caractère accessoire des contrats de garantie et ses conséquences.	106
§ 2. — Nantissement.	108
<i>Tong tch'an tche kiuan</i> (gage). <i>Pou tong tch'an tche kiuan</i> (antichrèse).	108
Le <i>tien</i> dans l'interprétation du Ta li yuan.	110
Interdiction du pacte commissaire	112
§ 3. — Hypothèque.	113
Élaboration des règles de l'hypothèque du droit chinois par le Ta li yuan.	113
Caractères généraux de l'hypothèque. Les décisions du Ta li yuan.	113
CONCLUSION	116

IMPRIMERIE
HÉRISSEY
: ÉVREUX :